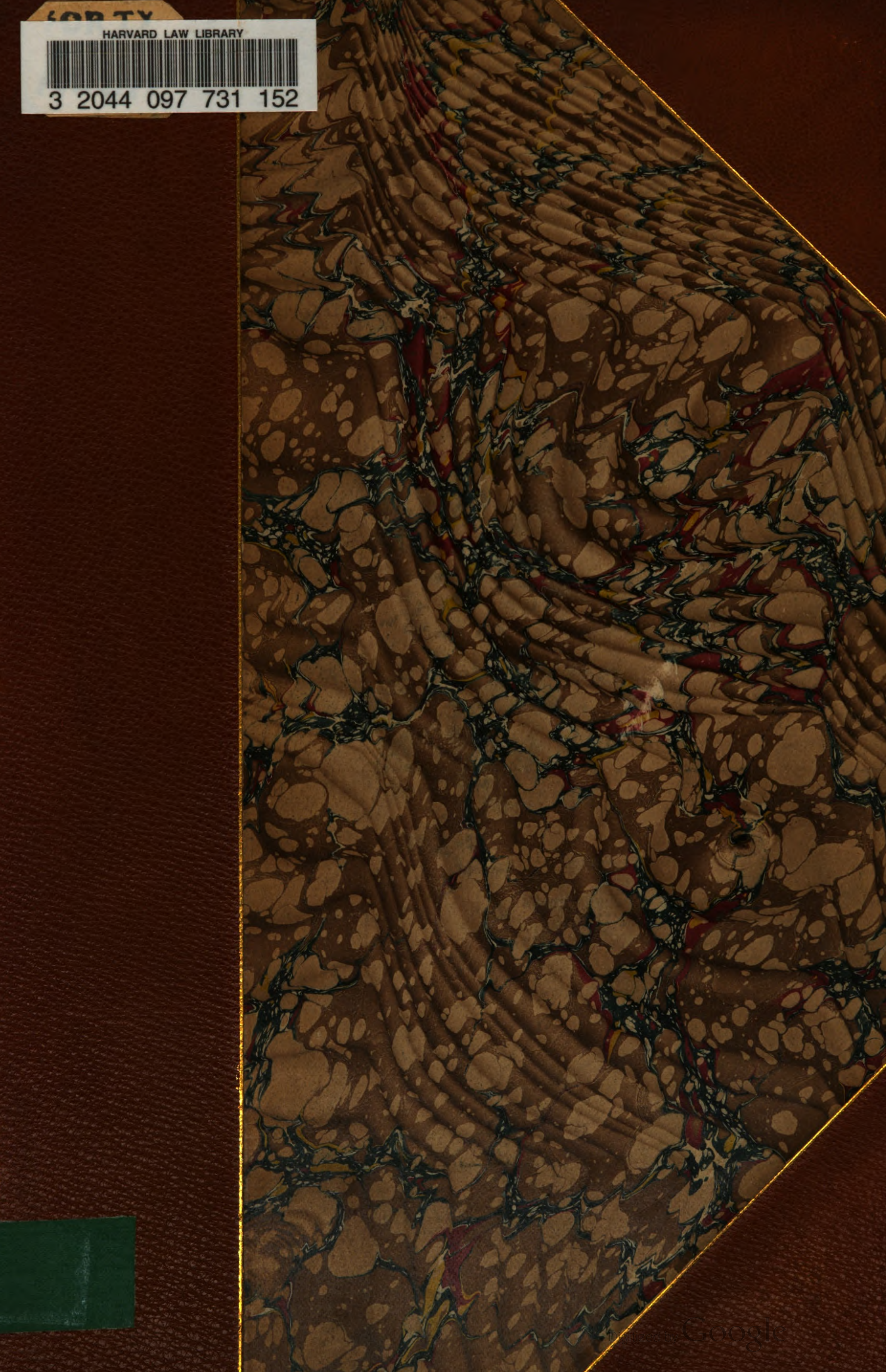
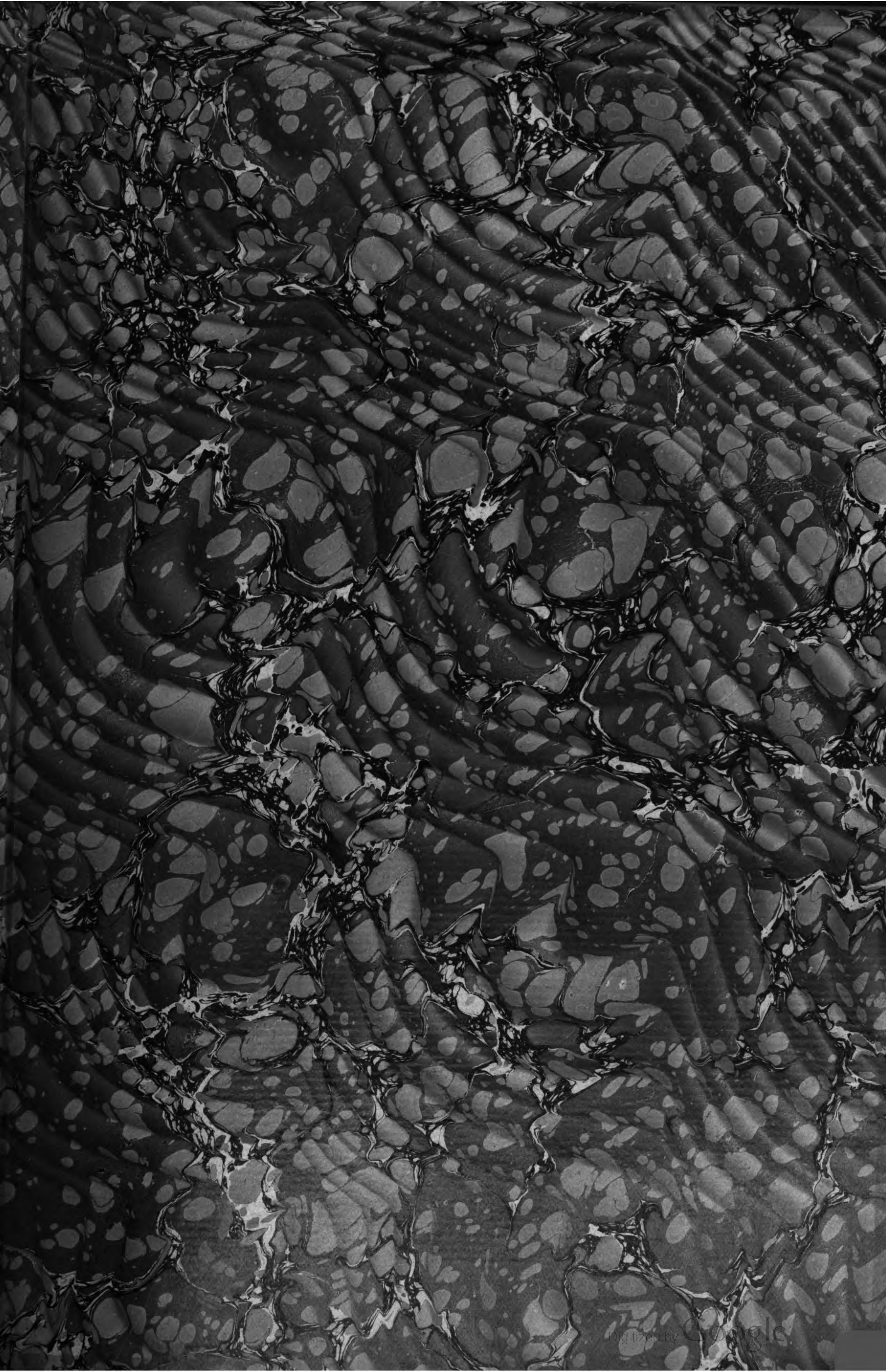

HARVARD LAW LIBRARY
3 2044 097 731 152


EX LIBRIS
JOHN CHIPMAN GRAY



ESSAI

SUR LE FONDEMENT

DE LA

PROTECTION POSSESSOIRE

IMPRIMERIE
CONTANT-LAGUERRE



BAR-LE-DUC

ESSAI

SUR LE FONDEMENT

DE LA

PROTECTION POSSESSOIRE

PAR

JEAN APPLETON

AVOCAT A LA COUR D'APPEL DE LYON

DOCTEUR EN DROIT

Non ex regula jus sumatur, sed ex jure quod est regula fiat.

(Paul, Fr. 1, D. *De reg. jur.*, 50, 17.)

PARIS

LIBRAIRIE

DU RECUEIL GÉNÉRAL DES LOIS ET DES ARRÊTS

ET DU JOURNAL DU PALAIS

L. LAROSE & FORCEL, ÉDITEURS

22, rue Soufflot, 22

1893

DROIT ROMAIN

ESSAI

SUR LE FONDEMENT

DE

LA PROTECTION POSSESSOIRE

Non ex regula jus sumatur, sed ex jure quod est regula fiat.

(PAUL, Fr. 1, D. *De reg. jur.*, 50, 17.)

A

BIBLIOGRAPHIE.

C. Appleton, *De la possession et des actions possessoires.* — Paris, A. Durand et Pedone-Lauriel, 1871 (à défaut d'autre indication, c'est cet ouvrage qui est cité).

— *Histoire de la propriété prétorienne et de l'action publicienne.* — Paris, E. Thorin, 1889.

Alfredo Ascoli, *R. Ihering. Der Besitzwille. Zugleich eine Kritik der herrschenden juristischen Methode.* — Jena, 1889. Compte-rendu dans le *Bullettino dell' Istituto di Diritto Romano*, 2e année, fasc. 6. — Rome, 1889.

Henry Bond, *Possession in the Roman law.* — *Law quarterly Review*, juillet 1890.

Ch. Daremberg et Edm. Saglio, *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines*, v° *Ager publicus.*

Girard, *Textes de droit romain* (l'auteur s'est référé à la leçon de cet ouvrage pour tous les textes qui y sont contenus).

Otto Gradenwitz, *Interpolationen in den Pandekten.* — Berlin, 1887.

Rud. von Ihering, *Du fondement de la protection possessoire*, deuxième édition, traduction O. de Meulenaere. — Gand et Paris, 1875.

— *Der Besitzwille.* — Jena, 1889.

Karlowa, *Römische Rechtsgeschichte.* — Leipzig, t. 1 (1886) et 2 (1892).

J.-E. Kuntze, *Zur Besitzlehre. Für und wider Rudolf von Ihering.* — Leipzig, 1890.

John M. Lightwood, *Possession in Roman law.* — *Law quarterly Review*, janvier 1887.

Arm. de Riedmatten, *De la nature de la possession.* — Paris, 1873.

Ch. de Savigny, *Traité de la possession en droit romain*, septième édition, traduit par Henry Staedtler, avec un appendice par Ad. Fr. Rudorff. — Paris, 1879.

Schuppe, *Das Recht des Besitzes.* — Breslau, 1891.

Scialoja, *Il possesso del precarista*, dans le volume *Per l'VIII centenario dell' Università di Bologna.* — Rome, 1888, pp. 225 et s.

Henri Sonnet, *Du précaire.* — Paris, 1888.

E. Stouls, *Étude sur la protection de la possession.* — Paris, 1874.

Moritz Voigt, *Ueber die Staatsrechtliche possessio und den ager compascuus der Römischen Republik.* — Leipzig, 1887.

ESSAI
SUR LE FONDEMENT
DE
LA PROTECTION POSSESSOIRE.

CHAPITRE PREMIER.

INTRODUCTION.

M. le professeur Kuntze, dans un livre qui a, entre autres mérites, celui d'être très clair, s'exprime ainsi :

« La possession est, de son essence propre, un simple fait [1]. Elle peut, par prescription, se changer en un droit (la propriété), mais elle est en soi et par soi un simple fait. D'autres droits peuvent être acquis grâce à elle, mais elle est en soi et par soi un simple fait. Elle se rapproche de la propriété, lorsque le droit positif décide que les choses dépendant d'un pécule, acquises par un *alieni juris*, passent en possession et en propriété à la personne revêtue

(1) Ofilius disait déjà : *Possessionem facti, non juris esse* (fr. 1, § 3, D. *De poss.*), et Papinien : *Possessio plurimum facti habet* (fr. 19, D., *ex. quib. caus. maj.*, 4, 6).



de la *potestas*, que celui qui tombe en démence ne perd pas plus la possession que la propriété, que les *res sacræ* doivent être exclues de la possession et de la propriété exercées par les personnes privées; et c'est à cet égard que Papinien dit : *Possessio non tantum corporis, sed et juris est* (2); mais en soi et par soi, la possession est un simple fait, car le *prædo* lui aussi, acquiert la possession (3), l'époux, lui aussi, acquiert la possession de la chose qui lui est donnée par son conjoint (4); le pupille, lui aussi, perd la possession sans la *tutoris auctoritas* (5).

« Et toutefois, c'est à bon droit que la possession sera protégée. Le droit positif ne la méconnaît pas, comme en général les choses de pur fait, mais, au contraire, l'enveloppe d'une protection juridique. Qui a possession, mérite d'être protégé dans sa possession, jusqu'à ce que la possession soit vaincue par l'apparition dans la lice d'un véritable droit. D'où vient ce phénomène bizarre (6)? »

L'objet de cette étude se trouve très nettement indiqué dans les mots qui terminent cette citation, et nous en prenons texte pour la suite de nos développements.

Il y a en effet quelque chose qui frappe et qui étonne au premier abord, dans cette protection légale accordée à un possesseur indépendamment de la question de savoir si sa situation de fait correspond en réalité à un droit. Pourquoi, lorsqu'un homme se trouve avec une chose dans cette relation particulière qu'on appelle *possession*, le droit

(2) Fr. 49, § 1, D. *De adq. poss.*, 41, 2.

(3) Fr. 2, D. *Uti poss.*, 43, 17.

(4) Paul, fr. 1, § 4, *eod. : res facti infirmari jure civili non potest.*

(5) Ulp., fr. 29, *eod. : Quod est facti, potest amittere.*

(6) J.-E. Kuntze, *Zur Besitzlehre. Für und wider Rudolf von Ihering*, chap. III, § 15, I.

reconnaît-il une valeur propre à cette relation, en la maintenant si elle est troublée, en la rétablissant si elle est détruite, et cela alors même que le possesseur ne serait ni propriétaire, ni titulaire d'aucun droit sur l'objet qu'il détient?

Ce n'est pas, d'ailleurs, à un point de vue purement philosophique que nous nous posons ce problème : il s'agit ici d'un point de droit dont la solution doit varier avec les législations, car elle est intimement liée à l'état des mœurs et de la civilisation, ainsi qu'au régime de la propriété. Il n'est pas démontré d'ailleurs qu'au point de vue spéculatif la possession en elle-même doive être protégée, et les abstractions savantes auxquelles quelques jurisconsultes se sont complus sur ce point, n'ont pas complètement résolu la question dans le domaine de la vie réelle.

Autrement pratique, autrement utile peut être l'étude du problème dans une législation déterminée, et surtout dans la législation romaine. D'abord, la base que nous assignerons, textes en main, à la protection possessoire telle qu'elle était organisée à Rome, nous permettra peut-être de prendre parti sur quelques points controversés parmi les interprètes du droit romain, et de mieux comprendre quelques singularités de cette législation. Mais ce n'est pas encore là le principal avantage que peut nous procurer cette étude. Depuis quinze siècles, les travaux des jurisconsultes de Rome servent de guide législatif à la plus grande partie des nations européennes. Nous y avons trouvé la protection possessoire, et nous l'avons plus ou moins servilement copiée dans nos lois, sans nous demander si les raisons qui avaient déterminé les Romains conservaient encore tout leur poids. Sous l'influence des bouleversements successifs qui ont profondément remué

notre tréfonds social, des fondements nouveaux de la protection possessoire ont pu se substituer aux anciens, et s'il en est ainsi, il serait peut-être téméraire d'élever sur ces bases nouvelles un édifice identique à celui dont nous retrouvons le plan dans les compilations de Justinien. Il importe donc de bien connaître les causes profondes de la théorie romaine, afin d'écarter de nos lois modernes toutes les dispositions qui ne sont que la conséquence de mobiles aujourd'hui disparus, et d'y insérer au contraire les mesures qui reposent sur des motifs encore existants.

Ainsi donc, nous partons d'un fait certain : toutes les législations civilisées protègent la possession. Il est non moins évident que les motifs de cette protection peuvent varier, non seulement de peuple à peuple, mais encore, chez un même peuple, d'époque à époque. C'est ce qu'a parfaitement compris sir F. Pollock (7). Il écrit : « Il est difficile d'expliquer complètement pourquoi la loi attribue les bénéfices de la possession aux possesseurs de mauvaise foi. La vérité est que beaucoup de convenances concourent à faire pencher la balance vers cette anomalie apparente; l'une ou l'autre de ces raisons peut avoir été successivement la raison décisive en vertu de circonstances historiques, ou peut avoir été regardée comme décisive suivant le génie individuel de tel ou tel philosophe. »

Cette observation est, d'ailleurs, reproduite par un certain nombre d'auteurs. Mais il est remarquable que ceux-là même qui l'ont faite n'aient pas poussé plus loin leurs réflexions, et ne se soient pas demandé si cette diversité de bases ne persiste pas lorsque nous examinons l'institution à une époque donnée, chez un peuple déterminé;

(7) *Common Law*, p. 3.

de telle sorte que tel remède possessoire serait fondé sur telle considération, et tel autre remède sur telle autre considération toute différente. Nous reviendrons en détail sur ce point de vue, qui constituera l'une des parties essentielles de cette étude.

Ce qui constitue l'un des plus dangereux écueils de cette matière, c'est la tentation à laquelle on est exposé d'en chercher une théorie générale dans les textes que nous ont laissés les compilateurs du Digeste. Or, cette recherche serait, à notre avis, nécessairement infructueuse; elle ne pourrait mener qu'à l'édification de doctrines purement factices, très mal à l'aise en face des textes mêmes desquels on voudrait les tirer. Les Romains ne se sont jamais entendus sur ce point. Leurs plus célèbres jurisconsultes donnent des explications très divergentes. La vérité, c'est qu'ils se sont laissé dominer par des considérations pratiques qui ont aussi leur logique cachée, mais sans saisir peut-être les causes profondes par lesquelles ils étaient guidés; et, avec ce besoin de raisonner et d'expliquer qui les caractérise, ils se sont résignés, plutôt que de formuler des aphorismes sans les justifier, à donner quelquefois, par acquit de conscience, des motifs superficiels comme un décor.

Des raisons exprimées par les jurisconsultes, on a voulu déduire une théorie. Il eût été, à notre gré, plus fructueux de rechercher leurs motifs cachés. C'est ce que certains auteurs ont négligé de faire; aussi n'ont-ils abouti qu'à des constructions chancelantes, étayées à grand peine, et vouées à une chute nécessaire.

Et en vérité, comment aurait-on pu construire sur ce point une doctrine homogène en présence des contradictions manifestes qui règnent dans le Digeste. Si toute l'ha-

bileté et toute la patience de Tribonien et de ses satellites n'ont pas suffi à mettre de l'harmonie dans cette matière, comment les jurisconsultes modernes parviendraient-ils à s'entendre sur ce point, en utilisant des sources où plusieurs opinions, inconciliables entre elles, sont exposées côte à côte!

L'un des exemples les plus frappants de cette divergence de systèmes peut être choisi dans les théories exposées par les jurisconsultes classiques sur la nature de la possession. Outre les textes cités plus haut (n. 3, 4 et 5), d'où l'on peut induire que la possession était considérée par plusieurs jurisconsultes comme un simple fait, d'autres documents, assez nombreux, s'expriment formellement dans ce sens. Nous en avons déjà indiqué quelques-uns (n. 1); en voici d'autres : Triphoninus, dans le fr. 12, § 2, D. *De capt.*, 49, 15, indique que la fiction du *postliminium* est impuissante contre les *res facti : Facti autem causæ infactæ nulla constitutione fieri possunt;* et il range dans cette catégorie la possession envisagée comme condition nécessaire à l'usucapion (8). Paul, dans le fr. 1, § 3, D. *De poss.*, 41, 2, s'exprime ainsi : *Ofilius quidem et Nerva filius, etiam sine tutoris auctoritate possidere incipere posse pupillum aiunt, eam enim rem facti non juris esse. Quæ sententia recipi potest, si ejus ætatis sit ut intellectum capiat.* Enfin Ulpien, dans le fr. 29, D. *De poss.*, 41, 2, se sert d'expressions analogues : *Possessionem pupillum sine auctoritate tutoris amittere posse constat, non ut animo, sed ut corpore desinat possidere : quod enim est facti potest amittere.*

D'autre part, quelques textes peuvent être interprétés

(8) V. aussi, dans le même sens, les fr. 44 *in fin.*, D. *De usurp.*, 41, 3, et 29, D. *De capt.*, 49, 15.

dans un sens tout opposé, et faire considérer la possession comme une *res juris*. Un passage de Papinien (fr. 49 *pr.* et § 1, D. *De poss.*, 41, 2) semble assez net sur ce point : *Possessio quoque per servum cujus ususfructus meus est ex re mea vel ex operis servi adquiritur mihi, cum et naturaliter a fructuario teneatur et plurimum ex jure possessio mutuetur.* § 1 : *Qui in alienâ potestate sunt rem peculiarem tenere possunt, habere possidere non possunt, quia possessio non tantum corporis sed et juris est.*

On peut citer aussi un passage de Paul parlant de l'interdit *uti possidetis* (fr. 2, *Uti poss.*, 43, 17) : *Justa an injusta adversus cœteros possessio sit, in hoc interdicto nihil refert; qualiscunque enim possessor hoc ipso, quod possessor est, plus juris habet, quam ille, qui non possidet;* et enfin un passage de Julien (fr. 36, *De poss.*, 41, 2) : *cum plus juris in possessione habeat, qui precario rogaverit, quam qui omnino non possidet.*

M. Henry Bond, dans une très originale étude sur la possession(9), constate cette diversité d'opinions, et la fait mieux ressortir en prenant pour exemple les controverses romaines sur la *possessio duorum in solidum*. Paul, dans le fr. 3, § 5, D. *De poss.*, 41, 2, nous dit que, selon Sabinus, le *precario rogans* et le *precario rogatus* possédaient tous les deux, et que Trébatius généralisait la solution en admettant que deux personnes pouvaient posséder la même chose, pourvu que la possession de l'un fût *justa,* et celle de l'autre *injusta.* Paul, à la suite de Labéon rejette cette idée, et voici quel motif il donne de son opinion : *non magis enim eadem possessio apud duos esse potest, quam ut tu stare vi-*

(9) *Possession in the Roman law,* dans la *Law quarterly Review*, Juillet 1890.

dearis in eo loco, in quo ego sto, vel in quo ego sedeo, tu sedere videaris. La possession est donc ici pour Paul un simple fait; dans la doctrine de Sabinus et de Trébatius, au contraire, la notion de la possession s'est spiritualisée.

C'est dans ce sens moins matériel que se prononce Pomponius au fr. 15, § 4, D. *De precario,* 43, 26, en parlant de la possession précaire d'un esclave : *Placet autem penes utrumque esse eum hominem, qui precario datus esset, penes eum qui rogasset, quia possideat corpore, penes dominum, quia non discesserit animo possessione.*

Enfin, Ulpien lui-même vient donner son approbation à la doctrine de Trébatius dans un texte qui a soulevé de grosses difficultés d'interprétation; il s'agit du fr. 3, pr. D. *Uti poss.,* 43, 17 : *Si duo possideant in solidum, videamus quid sit dicendum : quod qualiter procedat, tractemus. Si quis proponeret possessionem justam et injustam : ego possideo ex justa causa, tu vi aut clam; si a me possides, superior sum interdicto; si vero non a me, neuter nostrum vincetur, nam et tu possides et ego.*

Que faut-il conclure de ces citations contradictoires? M. Henry Bond émet sur ce point des idées qu'il faut traduire textuellement, pour ne pas en déformer l'expression : « Cette différence d'opinion entre les deux contemporains Ulpien et Paul sur un tel point, nous montre très bien qu'ils basaient leur argumentation sur deux conceptions de la possession tout à fait différentes. Paul traite la possession comme un simple fait, qui est aussi complètement indépendant de l'influence du juge ou du législateur que les règles de l'arithmétique ou l'état de la température. Il dit que deux personnes ne peuvent pas plus posséder la même chose qu'elles ne peuvent se tenir au même endroit. Ulpien, au contraire, considère la pos-

session comme un ensemble de droits ou de conséquences légales qui est en réalité la création du législateur, et qui peut être attribué à différents degrés à plus d'une personne. Avec lui, la question n'est pas : « La possession d'une même chose par deux personnes est-elle physiquement possible? », mais : « Le *jus possidendi* peut-il être attribué à deux personnes? », en d'autres termes : « Le *jus possidendi* est-il, comme le *jus dominii,* un droit exclusif, ou un droit non exclusif comme le *jus pignoris?* » Si l'on adopte la dernière hypothèse, alors des droits de possession plus ou moins avantageux pourront être attribués à deux personnes sur la même chose. »

La conclusion est très plausible. Mais on aurait pu remarquer en outre, ce que M. Henry Bond n'a pas fait, que la contradiction se révèle, non seulement chez les auteurs de la même époque, mais encore chez le même auteur, suivant le point de vue auquel il se place. Ainsi nous venons de voir que, dans le fr. 3, pr., *Uti poss.,* Ulpien considère la possession comme un droit. Lorsqu'il parle de la possession perdue par un pupille (fr. 29, *De poss.*) il dit au contraire : *Quod est facti, potest amittere.* Papinien lui-même, qui dit, dans le fr. 19, *ex quib. caus. maj. : Possessio plurimum facti habet,* tient un langage tout opposé dans le fr. 49, pr. et § 1, *De poss. : Plurimum ex jure possessio mutuetur... Possessio non tantum corporis sed et juris est.*

Ces remarques nous ouvrent déjà un aperçu sur les difficultés traditionnelles du sujet. Le problème est en effet délicat : au moyen des interdits possessoires, le possesseur de mauvaise foi peut triompher du possesseur de bonne foi et même du propriétaire. Cette victoire de l'injustice sur le droit constitue une énigme que la sagacité de nombreux auteurs s'est efforcée de trancher. On a cru simplifier

la question en se demandant, non pas précisément pourquoi la possession est protégée, mais quelle est la personne ou l'idée que le législateur protège en protégeant la possession. C'est là une méthode ingénieuse; c'est même peut-être la meilleure. Mais qu'on se défie des conséquences auxquelles elle peut mener, si l'on n'essaie pas à chaque instant les résultats obtenus à la pierre de touche des textes qui réglementent la matière : c'est grâce à cette méthode qu'un auteur allemand en est arrivé à croire que la protection possessoire avait son fondement dans le désir, attribué au préteur, de sauvegarder l'indépendance de la volonté humaine.

M. Henry Bond, dans l'excellente étude sur la possession que nous avons déjà eu l'occasion de signaler, insiste sur ces conséquences fatales. Il indique aussi quelques-unes des causes qui ont conduit en cette matière un grand nombre d'auteurs, les auteurs allemands en particulier, à des conclusions erronées.

C'est d'abord la manie de tout réduire en système logique jusque dans les moindres détails. M. Henry Bond s'élève avec beaucoup de force et d'esprit contre cette méthode purement logique. Il est en cela d'accord avec Ihering, qui développe ce point de vue dans son dernier livre, *der Besitzwille*. Non pas, comme le fait justement remarquer M. Ascoli (10), qu'il faille repousser *a priori* toute tentative de construction juridique. Les jurisconsultes romains eux-mêmes s'y sont essayés, et tous leurs successeurs ont usé de la même méthode. Mais tout expliquer dans le domaine du droit par des motifs logiques, au lieu de songer aux

(10) Alfredo Ascoli : *R. Ihering. Der Besitzwille.* Compte-rendu dans le *Bullettino dell' Istituto di Diritto Romano*, 2e année, fasc. 6. Rome, 1889.

motifs pratiques, c'est une erreur et un danger. On aboutit ainsi à créer de toutes pièces des théories qui n'appartiennent ni au droit romain ni à aucun autre droit positif, et qui ne sont que des constructions purement fantaisistes, sans consistance et sans vie.

Ce n'est pas tout. Ces théories d'un seul bloc, d'une raideur intransigeante, sont généralement préconçues. Et alors, quand il s'agit de les accommoder aux textes, elles se trouvent fort mal sur ce lit de Procuste. Comme le remarque fort bien M. Henry Bond, « si le droit romain sur la possession nous était arrivé dans un état fragmentaire, analogue à celui de la loi des Douze Tables, et si les jurisconsultes allemands avaient été libres de se livrer à leur goût de reconstruction, ils auraient pu nous donner une doctrine logique, qui eût, il est vrai, essuyé à coup sûr dans la pratique un échec irrémédiable. Mais il faut expliquer ces cas malencontreux du créancier gagiste, de l'emphytéote, du séquestre et du précariste, et les efforts qu'on a faits pour les mettre d'accord avec des théories préconçues ont causé beaucoup de difficultés. »

Un inconvénient de cette manière de raisonner, c'est qu'on en arrive à formuler un principe abstrait, et à juger, non seulement la législation romaine, mais toutes les législations, d'après ce principe. Ainsi, la théorie de la volonté constate que le locataire n'a pas les actions possessoires. Elle en induit qu'il n'a pas une volonté protégeable; et, adoptant d'une façon générale la solution du droit romain sur ce point, elle en conclut que les législations qui admettent le locataire au bénéfice des actions possessoires dérogent au principe en faveur de l'utilité pratique. Mais la constatation de ces dispositions législatives n'empêchera pas les adeptes de la théorie de la

volonté de nourrir une foi inébranlable en leur système. « Je ne peux pas voir, dit à ce propos M. le juge Holmes (11), ce qui reste d'un principe qui avoue lui-même être incompatible avec la pratique et l'état actuel de la législation. Ce que l'on doit tout d'abord attendre d'un principe de droit, c'est qu'il s'accommode aux faits. »

Le droit romain lui-même va avoir à pâtir de cette systématisation à outrance, lorsqu'il faudra expliquer les hypothèses qui ne concordent pas avec la théorie préconçue. Pour Puchta, par exemple, l'*animus domini* est nécessaire pour qu'il y ait possession; l'*animus domini* est pour cet auteur l'âme qui habite le *corpus possessionis*. Sans lui, il n'y a plus qu'un cadavre. On aura beau montrer que les mots *animus domini* ne se trouvent même pas au Digeste; les jurisconsultes les plus éminents auront beau affirmer et prouver, comme nous le verrons par la suite, que la possession ainsi conçue se résume en une notion abstraite, *à priori,* qui n'a jamais eu d'existence réelle, mais qui habite tout au plus les régions supérieures *wo die reinen Formen wohnen* (12); Bruns, après Puchta, n'en est pas moins convaincu qu'il appartient à l'intime nécessité (*innere Nothwendigkeit*) de la possession, à l'éternelle nature des choses, que personne ne puisse avoir la possession sans avoir l'*animus domini*. Et alors, lorsqu'il s'agit d'expliquer la possession du précariste, par exemple, et tant d'autres cas où la notion de l'*animus domini* doit évidemment être exclue, il faut se résoudre, si l'on ne veut pas sacrifier le principe, à considérer comme purement arbitraire la jurisprudence qui accorde dans ces

(11) Holmes, *Common Law*, p. 211.

(12) Où demeurent les formes pures.

hypothèses les remèdes possessoires. C'est ce que fait Puchta. Périsse le droit romain plutôt qu'un principe!

C'est le grand mérite d'Ihering, d'avoir compris et osé dire que l'origine historique de toute institution se trouvait dans les intérêts pratiques : « *Der Zweck ist der Schöpfer des ganzen Rechts.* » Le droit doit donc sa formation à l'utilité pratique. Peut-être même Ihering est-il porté à exagérer un peu cette idée, qu'il a magistralement développée dans son ouvrage *Der Zweck im Recht*. Il est certain que si les grandes lignes de toute institution sont dues au jeu des intérêts pratiques, à l'élément populaire en un mot, l'élément technique reprend de l'importance dans les détails; là, l'interprétation envahissante des jurisconsultes a éclairé, complété ou même déformé l'œuvre de la pratique; elle a mûri des institutions naissantes; elle a caché les rides des institutions vieillies; elle a même parfois formulé avec assez d'audace des règles logiques auxquelles la pratique est restée étrangère. La vérité serait donc ici entre Ihering et ses contradicteurs.

Les tendances spéculatives de l'esprit allemand l'ont, en cette matière, un peu desservi. Elles l'ont amené, en effet, à confondre deux questions toutes différentes. Les auteurs ont eu le tort de se demander pourquoi la possession devait être protégée, et non pas pourquoi elle était protégée *en droit romain*. Et alors ils ont été amenés à asseoir la protection possessoire sur des bases que les Romains n'ont jamais connues. C'est là une idée qu'il ne faut pas perdre de vue : nous ne raisonnons pas dans le vague, nous raisonnons dans une législation déterminée. Si les auteurs allemands avaient su mettre en pratique ce principe, ils nous auraient sans doute donné quelque chose comme une théorie historique, qui nous aurait consolé de la perte d'un

certain nombre de systèmes philosophiques aussi ingénieux qu'inutiles (13).

Enfin, il y a un dernier écueil auquel n'ont pas échappé la plupart des auteurs qui ont écrit sur la matière. On a tort de prendre les jurisconsultes romains pour des oracles. Qu'on les estime, qu'on les respecte, mais qu'on n'exige pas d'eux l'impossible. Cette remarque a d'autant plus d'importance que la pensée des jurisconsultes a pu être singulièrement travestie par les compilateurs. Il s'agissait de mettre d'accord des auteurs de siècles différents sur une matière essentiellement sujette à l'évolution, et rayonnant sur une grande partie du droit. L'œuvre était délicate, et nombre de textes sur la possession, éparpillés dans les différents titres du Digeste, ont dû échapper à l'attention de Tribonien et de sa cohorte. Qu'on ne s'étonne donc pas des contradictions de la matière. Elles pullulent lorsqu'on en creuse les détails, mais nous ne désespérons pas de les effacer en partie en nous plaçant à un point de vue général. Qu'on ne soit pas surpris non plus de l'obscurité et de la fragilité du système possessoire édifié par Justinien : il est certain, comme le constate M. Henry Bond, que beaucoup de difficultés inhérentes au sujet n'ont jamais été résolues, ni même nettement aperçues par les jurisconsultes romains. Où Paul et Ulpien ont fait fausse route, où Papinien est resté muet, les compilateurs ne pouvaient guère édifier une doctrine claire et solide.

(13) Il est juste de dire que, grâce à l'influence d'Ihering, une véritable révolution est en voie de s'opérer sur ce point en Allemagne.

CHAPITRE II.

EXPOSÉ ET RÉFUTATION DES SYSTÈMES SOUTENUS SUR LE FONDEMENT DE LA PROTECTION POSSESSOIRE. LES THÉORIES RELATIVES.

Dans son livre sur le fondement de la protection possessoire, Ihering, avant d'exposer son propre système, réfute par avance les théories jusque-là enseignées. Nous suivrons la même méthode, en joignant aux noms qu'il cite quelques-uns de ceux qui se sont fait plus récemment connaître.

Ihering divise en deux classes tous les systèmes possibles sur la matière : les théories absolues et les théories relatives. Les premières cherchent la raison d'être de la protection possessoire dans la possession elle-même; les secondes la trouvent dans des considérations étrangères au fait de la possession.

Parmi les théories relatives, les unes fondent la protection possessoire sur l'interdiction de la violence (Savigny, Rudorff, plus récemment Kuntze; en général tous les auteurs français et parmi eux C. Appleton); d'autres sur le principe que nul ne peut vaincre autrui dans la lutte judiciaire, s'il ne peut prouver un droit meilleur (Thibaut); d'autres sur la présomption aux termes de laquelle le possesseur doit être supposé muni d'un titre légal, jusqu'à

preuve du contraire (Röder); enfin, sur l'idée de la propriété (Hulefaut, Banda, Gans et Ihering).

Suivant les adeptes des théories absolues, la possession est protégée, soit parce qu'elle implique un acte de volonté inviolable (Gans, Puchta, Bruns, Molitor, plus récemment Stouls), soit parce qu'elle représente une valeur (Stahl, et, dans une certaine mesure, Kuntze).

Examinons successivement ces différents systèmes.

SECTION I.

De l'idée de délit comme fondement de la protection possessoire.

Parmi les auteurs qui placent dans l'idée de l'interdiction de la violence le fondement de la protection possessoire, les uns s'attachent à la conception d'un délit contre la personne privée, les autres à celle d'un délit contre l'ordre public. Savigny se place parmi les premiers. On sait de quelle popularité a joui son système pendant la première moitié de ce siècle. Sa clarté séduisante, son aspect dogmatique imposant, lui assurent, encore aujourd'hui, de nombreux fidèles parmi les auteurs, et un succès dans les écoles qui menace de se prolonger plus longtemps qu'on ne le suppose.

Il a pourtant subi des assauts qui l'ont singulièrement ébranlé, et la magistrale réfutation d'Ihering, si elle me semble critiquable sur plus d'un point, me paraît néanmoins en avoir détruit la majeure partie.

D'après Savigny, la possession est un fait, et non un droit. La violation de la possession ne constitue donc pas la violation d'un droit; mais c'est un acte illégal modifiant

la situation d'une personne à son détriment(1). C'est dans la répression de ce fait illicite qu'il faut chercher le fondement de la protection possessoire.

M. le juge Holmes, qui, pas plus qu'Ihering, n'admet la théorie de Savigny, se borne à remarquer que ce système ne rend pas compte de l'interdit *de precario,* car retenir la possession par fraude, ce n'est pas faire acte de violence(2); mais, comme le fait judicieusement remarquer M. Lightwood(3), cela ne suffit pas, car il est généralement admis qu'un délit peut être commis par fraude aussi bien que par violence.

Les attaques d'Ihering sont autrement redoutables. Dès le début de son argumentation, le point de vue auquel il se place apparaît avec une grande clarté, et nous révèle la méthode juridique de l'auteur, méthode qui devait faire en Allemagne une véritable révolution. Il reproche d'abord au système de Savigny d'être incompatible avec la législation romaine. Il reconnaît que ce système est séduisant et peut être rationnel au point de vue du droit naturel, mais il le repousse parce qu'il n'est pas romain.

Ainsi donc, d'après Ihering, la réalisation législative de l'idée de Savigny produirait un système tout différent du système romain. Par exemple, en interprétant logiquement la théorie de Savigny, toute sorte de détention devrait être protégée. En quoi la personne est-elle moins lésée par un trouble ou par une *dejectio* lorsqu'elle détient *alieno nomine* que lorsqu'elle possède *animo domini?* Si la théorie de Savigny était exacte, tous les interdits possessoires de-

(1) Savigny, *Traité de la possession,* § 2. Traduction H. Staedler, Bruxelles, 1866, p. 11-12; *ibid.,* § 6, p. 38.
(2) *Common Law,* p. 207.
(3) *Possession in roman law, Law quarterly Review,* janvier 1887.

vraient se comporter comme l'interdit *quod vi aut clam,* qui est accordé au simple fermier (4); et, d'ailleurs, si ce fermier est indigne de la protection possessoire, il ne devrait point être protégé non plus par les actions *furti* et *vi bonorum raptorum,* que les textes lui accordent formellement (5).

Faisons d'avance nos réserves sur ce premier argument. En ce qui concerne l'interdit *quod vi aut clam,* je ne sais si Ihering explique d'une façon satisfaisante, dans son système, qu'il soit accordé au locataire; et je crois que l'on peut justifier l'exclusion du locataire des autres interdits possessoires par des considérations parfaitement compatibles avec la théorie de Savigny, et que nous déduirons en temps et lieu.

Mais il y a de plus graves objections.

La théorie de Savigny n'explique pas pourquoi la détention exercée par des personnes incapables de posséder ou sur des choses insusceptibles d'être possédées, n'est pas protégée. Qu'importe, en effet, qu'une chose soit ou non hors du commerce, au point de vue de l'injure faite au détenteur dépossédé? De même, si les interdits possessoires protégeaient la personne et non le patrimoine, le *filiusfamilias* devrait pouvoir les intenter, puisqu'il a l'action d'injures (6). Or, nous savons que, de tous les interdits possessoires, l'interdit *quod vi aut clam* est le seul qui puisse être exercé par le fils de famille.

Cette double objection est exacte, si on l'oppose au sys-

(4) Fr. 12, *Quod vi aut clam,* 43, 24.

(5) Fr. 14, § 2, fr. 85 (86, éd. Mommsen), *De furt.,* 47, 2; fr. 2, § 22, *Vi bon.,* 47, 8.

(6) Fr. 9, D. *De ob. et act.,* 44, 7 : *Suo nomine nullam actionem habet, nisi injuriarum et quod vi aut clam, et depositi et commodati.*

tème de Savigny. Mais nous verrons dans la suite de cette étude qu'elle ne porte pas contre une théorie exposée plus bas, et aux termes de laquelle ce ne serait pas la personne, mais l'ordre public qui serait protégé dans les interdits possessoires.

Ihering objecte encore à la théorie de Savigny qu'elle ne rend pas compte de la protection possessoire accordée à l'*injustus* ou au *malæ fidei possessor*. Dans ce système, on ne saurait répondre à la question suivante : si les interdits possessoires sont des actions de délit, pourquoi les accorde-t-on au voleur, tandis qu'on lui refuse l'action *furti* et l'action *legis Aquiliæ* (7)?

D'ailleurs, Ihering se refuse à considérer les interdits possessoires comme des actions délictuelles. Il le démontre pour l'interdit *de precario*. Si le refus de restituer une chose qui vous a été confiée constituait un délit, il faudrait considérer comme délictuelle l'action *commodati* par exemple, ou l'action *præscriptis verbis,* qui peut naître du précaire. D'ailleurs, le refus de restituer de la part du *rogans* ne renferme pas toujours un dol. Il n'y a point de dol, par exemple, dans les hypothèses où le *rogans* refuse de restituer parce qu'il a appris qu'il est propriétaire de la chose reçue à précaire (7 *bis*), et où l'héritier du *rogans,* ou son curateur s'il est devenu fou, ignorent le précaire.

L'observation est plus frappante encore, si elle est faite à propos de l'interdit *utrubi.* On sait qu'avant Justinien, cet interdit pouvait être intenté *contre tout détenteur, même de bonne foi,* pourvu que le demandeur eût possédé

(7) Fr. 12, § 1, D. *De furt.*, 47, 2; fr. 76, § 1 (77, éd. Mommsen), D., *eod.*

(7 *bis*) Mais dans ce cas, l'interdit *de precario* échouera contre le *rogans*. V. *infrà*, p. 67 et s.

plus longtemps que le défendeur dans l'année antérieure. Cependant, il arrivera souvent que ce détenteur ne sera ni l'auteur, ni le complice de la dépossession, et, par conséquent, il ne commet pas de délit. Les mots *vim fieri veto* signifient, d'après Ihering, — et cette interprétation paraît tout à fait raisonnable, — que le défendeur ne pouvait opposer aucune violence au demandeur, lorsque celui-ci voulait emporter la chose (*quominus is eum ducat*) (8).

De même, dans l'interdit *uti possidetis,* la prohibition de la violence ne doit pas s'entendre d'une violence antérieure à l'interdit. La mission donnée au juge d'examiner *num vis facta sit contra edictum prætoris,* se réfère au temps qui s'est écoulé postérieurement à l'interdit (8 *bis*). En effet, l'interdit était donné même lorsque le débat restait tout pacifique, par exemple, pour régler la question de savoir lequel des deux plaideurs doit jouer le rôle de défendeur dans un procès en revendication (9).

Ces objections ont sans doute une portée considérable. Mais remarquons d'abord qu'elles n'englobent pas l'interdit *unde vi.* La nature délictuelle de cet interdit nous paraît évidente. Elle se révèle par de nombreux indices dont nous ne retiendrons, pour le moment, qu'un seul. On tient compte, dans les conditions de recevabilité de l'interdit *unde vi,* de la gravité du fait illégal commis par le *dejiciens;* l'interdit *de vi armata* est plus facilement donné que l'interdit *de vi quotidiana:* le *dejectus* obtiendra l'interdit *de vi armata* malgré les vices de sa possession à

(8) Fr. 1 pr., D. *Utrubi*, 43, 31.

(8 *bis*) V. *La controversia possessionis et la Vis ex conventu*, par R. Saleilles, *Nouv. Rev. historique*, 1892, p. 256 et s.

(9) Fr. 1, § 3, D., *Uti poss.*, 43, 17; G. IV, 148. V. C. Appleton, *Hist. de la prop. prét.*, t. I, p. 375 et s.

l'égard du *dejiciens,* même après une année écoulée, et même contre son ascendant ou son patron. On pourrait aussi faire contre l'argumentation d'Ihering une seconde observation, celle-ci plus générale : le caractère délictuel des interdits possessoires ne se révèle-t-il pas dans ce fait qu'ils ne sont donnés, en général, que contre l'auteur du trouble? Et n'y a-t-il pas là une application du principe de la personnalité des peines attachées aux délits?

Enfin, Ihering prétend que, si l'on admet la théorie de Savigny, il est difficile de s'expliquer la présence des interdits possessoires à côté d'actions spécialement destinées à réprimer des délits : l'action *injuriarum* et l'action *furti* par exemple, qui auraient pu être étendues sans difficulté aux cas de trouble possessoire ou d'usurpation de la possession. Cela est vrai, et j'admets que l'idée de Savigny est impuissante à tout expliquer. Mais rien ne nous oblige à réduire à une seule les raisons de la protection possessoire. Il se peut fort bien qu'un motif spécial, ajouté au motif indiqué par Savigny, et parfaitement conciliable avec sa théorie, explique l'apparente anomalie qu'Ihering met en lumière. Et d'ailleurs, même dans la théorie de Savigny, nous comprenons fort bien que le préteur hésite, dans certains cas, à donner contre l'auteur d'un trouble possessoire, fût-il coupable d'un délit contre la personne du possesseur, des actions qui présentent un caractère pénal et infamant.

En résumé, d'après Ihering, la théorie de Savigny attribue au préteur la création d'actions délictuelles :

1° Qui eussent été inutiles à côté de celles du droit civil;

2° Qui étaient refusées à ceux auxquels elles auraient dû être données;

3° Qui étaient données à ceux auxquels elles auraient dû être refusées ;

4° Et qui ne portent pas en elles la trace d'un délit.

De ces objections, nous avons vu que la première n'est pas probante ; la seconde et la troisième sont plus sérieuses, mais, si elles nous écartent du système de Savigny, elles ne nous rejettent pas nécessairement dans le système d'Ihering ; enfin la quatrième peut être retenue en restreignant sa sphère d'application aux interdits *retinendæ possessionis.* Si la théorie de Savigny est sérieusement ébranlée par les attaques d'Ihering, il n'est donc pas exact de dire, comme le fait M. Henry Bond, que le célèbre auteur de l'*Esprit du droit romain* n'en a laissé que des ruines.

L'idée de délit comme fondement de la protection possessoire a été reprise sous une autre forme par Rudorff (9 *bis*). Selon cet auteur, la violence apporte un trouble à l'ordre public ; et c'est au nom de l'ordre public que la protection possessoire a été instituée, en vertu du principe qu'il est interdit de se faire justice à soi-même.

Ce dernier membre de phrase est malheureux, car il semble bien que le principe auquel se réfère Rudorff n'ait été clairement aperçu que sous le Bas-Empire, à une époque où la législation romaine possédait déjà sur la matière de la protection possessoire un corps de doctrine complètement formé. Gaius (*Inst.,* IV, 154) nous apprend que l'on peut impunément expulser un individu qui possède *vi, clam* ou *precario* à votre égard : *eum qui a me vi aut clam aut precario possidet, impune dejicio.*

Ihering semble, d'ailleurs, s'être peu préoccupé de cette

(9 *bis*) Rudorff, *Revue historique du droit* (*Zeitsch. f. gesch. R. W.*), t. VII, pp. 90 et s.

opinion. Il constate que son auteur l'a, dans ses ouvrages postérieurs, tacitement abandonnée, et il se borne à une réfutation de quelques lignes : « Le trouble ou l'enlèvement violent de la possession n'a point toujours pour but de se faire justice à soi-même, sans parler des autres cas d'enlèvement illégal de la possession (*clam, precario*)(10). »

Remarquons qu'en admettant le bien fondé de l'objection, elle ne porterait que sur une partie des hypothèses où la possession est protégée. Elle ne détruit donc pas entièrement la théorie de Rudorff. D'ailleurs il semble que Rudorff n'ait supposé l'intention chez le *dejiciens* de se faire justice à soi-même, que pour faire reste de droit à ses adversaires. Privé de cette excuse, le *dejiciens* n'en est que plus coupable, et la possession doit *a fortiori* être protégée.

Cette théorie a été récemment reprise, d'une façon très ingénieuse, par M. J.-E. Kuntze(11). Après avoir établi que l'on ne peut trouver dans un délit contre la personne ou la volonté du possesseur le fondement du système romain de la protection possessoire, il s'efforce de chercher cette base dans l'intérêt du commerce public. Les relations commerciales des hommes reposent sur leur conduite correcte les uns à l'égard des autres. Tout ce qui pourrait compromettre la paix publique, troubler la sécurité des transactions, l'État a le droit de le réprimer. « Il importe d'arrêter dans leur source les lésions possibles du droit. La lésion de la possession n'est pas, en elle-même, sans aller plus loin,

(10) Ihering, *Du fondement de la protection possessoire*, trad. O. de Meulenaere, p. 8.

(11) *Zur Besitzlehre. Für und wider Rudolf von Ihering*, ch. III, § 15, I. Cette théorie semble admise par M. Bähr, dans les *Jahrbücher* d'Ihering, vol. 26, 1888, p. 258.



une lésion du droit; mais l'État, et son organe, le préteur, ont un intérêt à protéger la personne et sa volonté, se manifestant à l'extérieur même en tant que pur fait, pour prévenir les usurpations du bon plaisir et de l'arbitraire, et afin de maintenir intacte la paix extérieure. » Celui qui porte atteinte à la possession d'autrui trouble la paix sociale; l'État doit donc forger une arme qu'il mettra sans doute dans les mains du possesseur troublé lui-même, mais cela dans l'intérêt de l'ordre public. Cette mesure d'ordre, à laquelle le préteur intéresse tous les citoyens, il donne au voleur lui-même le droit de la réclamer; « non pas évidemment par amour pour sa personne, mais avant tout dans l'intérêt de l'ordre public, dont son état de possession est devenu une partie intégrante. »

C'est là un point de vue de police, ajoute M. Kuntze. Mais ce n'est pas là le seul cas où le préteur remet entre les mains d'un simple particulier le soin de faire respecter l'ordre public. L'institution d'une police autonome ne s'est développée qu'assez tard à Rome, et l'exemple des actions populaires nous prouve que le point de vue auquel nous nous sommes placés cadre bien avec les idées romaines.

M. Kuntze fait suivre l'exposé de son système de quelques considérations très sages, qu'il est peut-être bon de placer ici sous les yeux du lecteur : « Les réflexions qui précèdent ne se confondent pas avec l'idée du délit telle qu'elle est énoncée par Savigny; elles ont une portée plus générale et laissent subsister à côté d'elles les autres points de vue (valeur de la possession dans la procédure et dans l'usucapion, la possession considérée comme présomption et comme indice de la propriété, ou comme indication d'un propriétaire vraisemblable ou en puissance); mais je ne crois pas me tromper lorsque je dis que ma théorie de la

police repose sur le même principe que cette théorie du délit. *Il n'est pas exact de vouloir faire dériver la théorie de la possession d'une idée unique,* et la théorie du délit, elle non plus, ne suffit pas à expliquer tous les phénomènes... »

Le système de M. Kuntze présente l'avantage de répondre d'une façon satisfaisante à quelques-unes des objections qu'on avait voulu faire à la théorie de Savigny. Notamment, nous avons déjà vu, en exposant l'opinion de M. Kuntze, qu'elle explique parfaitement la protection de l'*injustus* ou du *malæ fidei possessor*. En outre, elle explique pourquoi la protection possessoire n'est pas accordée au détenteur des *res sacræ*, *vel religiosæ, vel publicæ,* non plus qu'au fils de famille.

En effet, les détenteurs de *res sacræ,* etc., commettent, par le fait même de leur détention, un délit contre l'ordre public; l'octroi des interdits possessoires à de telles personnes produirait un résultat précisément contraire au but que le législateur avait visé. Et qu'on n'objecte pas que les interdits possessoires sont accordés au voleur qui, lui aussi, commettrait un acte contraire à l'ordre public. Ce serait méconnaître le caractère purement privé qu'offrit, en droit romain, du moins pendant longtemps, la répression du vol. Le voleur commet un délit, mais un délit contre la personne; et précisément il n'est pas protégé contre la personne vis-à-vis de laquelle sa possession est vicieuse, c'est-à-dire contre le volé, le seul qui puisse intenter l'action *furti* (12). Au contraire, la détention d'une personne qui

(12) Si l'on s'en tient à la période classique, sans faire porter son examen sur les derniers siècles de l'Empire, où des considérations de police et d'ordre public avaient fait édicter sur ce point des dispositions spéciales, on remarquera que le défaut de protection possessoire d'un possesseur contre la personne à l'égard de laquelle sa possession est vicieuse, se



s'est emparée d'une *res sacra vel religiosa vel publica* est vicieuse *erga omnes,* c'est pourquoi elle ne prend pas rang dans la possession proprement dite. Le contraste est évident : en matière de vol le voleur ne sera pas protégé contre le volé ; en matière de détention de *res sacræ*, etc., le détenteur manquera de protection contre l'universalité des citoyens. En matière de vol, l'action ne sera donnée qu'à la victime du vol ; au contraire, le préteur donnera à *quivis ex populo* l'action *sepulchri violati* contre celui qui s'est emparé d'un sépulcre pour en faire son habitation (13) ; il donnera également à tout citoyen des interdits contre les personnes qui prétendraient s'emparer d'une partie du domaine public ou qui troubleraient les particuliers dans l'usage qu'ils font d'une dépendance de ce domaine (14).

Et la preuve que c'est bien le caractère illégal de la détention des *res publicæ* qui fait refuser les actions possessoires à leurs détenteurs, c'est que toutes les fois que

trouve proclamée par de nombreux textes. Et même dès une époque très ancienne, la loi agraire de 643, improprement appelée loi Thoria, contient, dans sa ligne 18, une phrase révélatrice : elle accorde une action restitutoire au titulaire d'une *possessio* expulsé par violence, mais seulement si *neque vi neque clam neque precario possederit ab eo qui eum ea possessione vi ejecerit.* — Voyez aussi Cicéron, *Pro Cæcina*, 8, 22, 23; *Pro Tullio*, 44; Gaius, IV, 154 : *Eum, qui a me vi aut clam aut precario possidet, impune dejicio;* Paul, V, 6, § 7 : *Qui vi aut clam aut precario possidet ab adversario, impune dejicitur;* et pour les meubles, le fr. 1, § 1, D. *Utrubi*, 43, 31.

(13) Fr. 3, § 6, D. *De sepulchr. viol.*, 47, 11.

(14) Voy. notamment, au Digeste, les titres suivants : *Ne quid in loco sacro fiat*, 43, 6; *de locis et itineribus publicis*, 43, 7 ; *ne quid in loco publico vel itinere fiat*, 43, 8; *de via publica et itinere publico reficiendo*, 43, 11 ; *de fluminibus, ne quid in flumine publico ripave ejus fiat, quo pejus navigetur*, 43, 12; *ne quid in flumine publico fiat, quo aliter aqua fluat atque uti æstate priore fluxit*, 43, 13; *ut in flumine publico navigare liceat*, 43, 14; *de ripa munienda*, 43, 15.

ceux-ci auront un motif légitime de détenir une chose hors du commerce, ils seront protégés. Ainsi, le père de famille aura, pour sanctionner le droit de garde qu'il exerce sur son fils, l'interdit *de liberis exhibendis* (15), et le détenteur autorisé d'un *locus publicus* est protégé par le préteur au moyen de l'interdit *de loco publico fruendo* (16).

Dans la théorie que nous exposons, on comprend aussi à merveille pourquoi les interdits possessoires n'étaient pas donnés au fils de famille. Si le but de ces interdits était la protection de la personne, on comprendrait que le fils pût les exercer, comme il peut exercer l'action d'injures; mais les interdits possessoires étant donnés dans un but d'intérêt général et d'ordre public, on conçoit que le fils de famille n'en ait pas l'exercice. Ce n'est pas entre ses mains qu'est remis le soin de protéger l'ordre public, et il ne pourra pas plus demander au préteur un interdit possessoire qu'il ne pourrait intenter les actions populaires (16 *bis*).

Le système que nous venons d'exposer, sans expliquer complètement la théorie romaine de la protection possessoire, échappe donc à certaines objections d'Ihering et doit être retenu dans une large mesure. Nous lui ferons sa part en temps et lieu.

(15) D. *De lib. exhib.*, 43, 30.

(16) Fr. 1, pr. D. *De loco publico fruendo*, 43, 9; fr. 2, *eod.*

(16 *bis*) D'ailleurs, peut-être faut-il voir surtout dans des motifs de procédure, l'explication de l'exclusion du *filiusfamilias* des interdits possessoires; les *sponsiones* qu'il aurait faites auraient fait acquérir l'action à son père et non pas à lui.

SECTION II.

Les autres théories relatives.

Les autres théories relatives ont moins d'importance. Il faut pourtant résumer sur ce point les réfutations d'Ihering.

Il examine d'abord la théorie de Thibaut (17). D'après cet auteur, la protection possessoire reposerait sur cette idée, que nul ne peut vaincre juridiquement autrui, s'il n'a des motifs prépondérants d'un droit meilleur. Tout individu qui exerce de fait un droit doit être maintenu dans cet état de fait, jusqu'à ce qu'un autre ait démontré avoir un droit meilleur.

La réfutation d'Ihering tient dans un dilemme : ou la possession est un droit, ou c'est un fait. Si c'est un fait, pourquoi exiger un droit prépondérant pour le faire cesser? C'est un fait que mon tilleul ombrage mon voisin et le protège du soleil; mais si je l'abats, qu'aura-t-il à dire? Et si l'on dit que la possession est un droit, on arrive à formuler une théorie qui n'a rien de romain.

L'objection d'Ihering serait fondée, si l'on pouvait dire d'une façon absolue que la possession est un fait. Mais il est impossible de raisonner avec cette rigueur; et, en présence des textes contradictoires que nous avons cités plus haut, et qui considèrent la possession tantôt comme un droit, tantôt comme un fait, il faut dire, soit que la possession est à la fois un droit et un fait, soit qu'elle n'est ni l'un ni l'autre, soit qu'elle est l'un ou l'autre suivant le

(17) *Système des Pandectes*, 8e édition, §§ 203-204.

point de vue auquel on se place, mais il est impossible de donner une réponse absolue.

Il faudra donc tenir compte, dans une certaine mesure, de l'idée de Thibaut.

L'opinion de Röder, qu'Ihering réfute ensuite, est fondée sur la maxime : *quilibet præsumitur justus donec probetur contrarium*. C'est ce qu'on appelle parfois le principe de l'irréprochabilité. Il y a dans la possession une situation qu'il faut respecter jusqu'à ce qu'on ait prouvé par les voies légales qu'on avait le droit de l'attaquer.

Ihering fait à cette opinion deux objections : en premier lieu, elle n'explique pas le défaut de protection du simple détenteur. Nous admettons parfaitement le bien fondé de ce reproche. Mais que faut-il conclure de là? Non pas que l'opinion de Röder est inexacte, mais qu'elle est impuissante à tout expliquer dans le système romain. Il y a peut-être dans la doctrine combattue par Ihering une idée dont les Romains ont tenu compte, en même temps que d'autres considérations les déterminaient à ne pas accorder la protection possessoire aux simples détenteurs. Pourquoi vouloir ramener à l'unité les mobiles sans doute très divers qui ont ici guidé les Romains?

La seconde objection est ainsi formulée : On sait que le caractère essentiel des interdits possessoires est la limitation du débat à la question possessoire, sans que jamais la question pétitoire puisse se poser, sous quelque forme que ce soit. D'après Ihering, le système de Röder n'expliquerait pas cette particularité. Puisque cette opinion n'est fondée que sur la présomption de droit qui existe en faveur du demandeur au possessoire, pourquoi ne ferait-on pas tomber cette présomption par la preuve contraire, en dé-

montrant, par exemple, qu'on est propriétaire ou que le demandeur vous a volé l'objet?

Cette objection ne me paraît pas péremptoire. Il y a, dans l'opinion de Röder, une idée inexprimée, mais qui découle directement du principe sur lequel il s'appuie, et qui me semble répondre d'une façon satisfaisante à l'objection d'Ihering. Oui, quiconque exerce les prérogatives d'un droit, doit être considéré comme titulaire de ce droit jusqu'à ce que le contraire soit prouvé contre lui. Mais, en quelle forme doit se faire cette preuve? Celui qui prétend avoir un droit sur une chose détenue par autrui, doit faire valoir ce droit sous forme d'action. Il ne lui est pas permis de modifier la situation que lui assigne la loi, et de se prévaloir au moyen d'une exception, d'un droit prétendu qu'une action intentée par lui aurait suffi à faire reconnaître.

Ihering examine ensuite deux systèmes qui, comme celui qu'il développe dans la suite de son traité, rattachent à la propriété la protection de la possession. Dans l'un, ce qui est protégé dans la possession, c'est la propriété probable; dans l'autre, c'est la propriété commençante. Le premier de ces systèmes se rattache manifestement à l'opinion d'Ihering. On sait, et nous verrons dans la suite de nos explications, que d'après ce dernier la possession est protégée dans le but de faciliter au propriétaire la preuve qu'il doit fournir. Malgré cette analogie, Ihering combat néanmoins l'opinion aux termes de laquelle la possession est protégée en tant que propriété probable. La loi protège des droits, et non des probabilités. Tout demandeur doit se prévaloir d'un droit. On comprend que le législateur se montre plus ou moins difficile sur l'administration des preuves qui doivent étayer la conviction du juge, mais on ne comprendrait

pas qu'il protégeât un individu qui, sans se prétendre titulaire d'un droit, se prévaudrait simplement d'une probabilité en sa faveur.

L'argumentation est un peu subtile, et il me semble que Hulefaud et Randa, les auteurs du système critiqué par Ihering, ont plutôt commis une faute dans l'exposition de leur doctrine qu'une erreur dans le fond de leurs conceptions juridiques. Peut-être l'idée qu'ils voulaient exprimer n'était-elle pas encore arrivée à sa pleine maturité; et nous convenons volontiers qu'elle a pris chez Ihering une forme plus heureuse et un relief plus saisissant.

Enfin, Ihering s'élève contre la théorie d'après laquelle ce qui serait protégé dans la possession, ce serait la propriété commençante. Il remarque avec raison qu'on n'explique par là que la protection de la possession *ad usucapionem*. Or, cette possession jouit d'un moyen spécial de protection, différent des interdits possessoires, l'action publicienne. Cette réfutation s'adresse à la théorie de Gans.

CHAPITRE III.

(*Suite du précédent.*)

LES THÉORIES ABSOLUES.

La plus célèbre des théories absolues est connue sous le nom de *théorie de la volonté*. Elle a été soutenue, notamment, par Puchta et par Bruns.

Le fait de la détention d'une chose par une personne peut, ou se trouver d'accord avec la volonté générale, c'est-à-dire avec la loi, et alors c'est la propriété, ou ne reposer que sur la volonté particulière, et alors c'est la possession. Puchta, en partant de cette idée, explique ainsi la protection de la possession : « La volonté d'une personne juridiquement capable doit, jusqu'à un certain point, être reconnue par le droit, même avant d'être établie juste, précisément parce que c'est la volonté d'une personne juridiquement capable, et que dès lors il est *possible* qu'elle soit juste (1). »

Bruns a soutenu plus tard une idée analogue. On ne peut rien expliquer, selon lui, par l'élément physique de la possession. L'explication est dans l'élément intellectuel, la volonté : « La volonté est en elle-même, dans son essence, absolument libre, et c'est précisément la reconnaissance et

(1) Puchta, cité par Ihering, *op. cit.*, trad. de Meulenaere, p. 27.

la réalisation de cette volonté qui constitue tout le système juridique. La contrainte et la violence exercées contre la volonté sont donc, en général, par elles-mêmes, et sans égard à sa légalité particulière, des injustices, contre lesquelles la volonté doit être protégée... La possession n'est point un droit... mais un fait... protégé contre la violence... en considération des droits généraux de la volonté(2). »

Est-il possible d'imaginer un système plus germaniquement abstrait? Est-il juste de faire porter aux Romains le fardeau énorme de la *Critique de la raison pure,* qu'ils n'ont pas écrite? Et peut-on imaginer une doctrine plus contraire à l'esprit essentiellement pratique des jurisconsultes classiques, et aux tendances médiocrement spéculatives du préteur, auquel on doit les interdits possessoires? Et Bruns n'a-t-il pas détruit la base même de sa propre théorie, lorsque, combattant le système de Puchta, il s'exprime ainsi : « Comme tout acte dirigé contre la volonté d'autrui n'est pas une injustice, la question importante de savoir pourquoi l'acte dirigé contre la volonté se réalisant dans une chose serait une injustice, reste alors sans réponse. » D'ailleurs, les prémisses du raisonnement de Bruns sont inexactes : oui, psychologiquement, la volonté est entièrement libre; mais, considérée au point de vue juridique, elle n'est libre que de faire les actes licites.

Ihering, qui a le mérite de remarquer que la théorie de la volonté, admissible dans une législation idéale, n'est pas romaine, me paraît n'avoir pas assez fait ressortir l'impossibilité absolue qu'il y a à attribuer aux Romains un système semblable. C'est avec une profonde stupéfaction que Paul ou Gaius auraient assisté à l'éclosion d'une telle théo-

(2) Puchta, cité par Ihering, *op. cit.*, trad. de Meulenaere, p. 28.

rie, et ils auraient, avant même qu'on l'eût développée devant eux, hautement manifesté leur incrédulité. Je ne sais si en Allemagne une opinion pareille a besoin d'une longue réfutation; il me semble que son énoncé même devrait suffire à la faire juger.

Pourtant, d'autres que Puchta et Bruns l'ont soutenue, et nous retrouvons dans Molitor l'idée que nous combattons : d'après lui, la possession serait protégée parce que la volonté humaine, en s'attachant à la chose, lui a communiqué l'empreinte de son inviolabilité!

Remarquons d'abord qu'il n'y a entre la théorie de la volonté et celle de Savigny que la différence qui sépare l'abstrait du concret. Dire que ce qui est protégé dans les interdits possessoires, c'est la volonté du possesseur, ou dire que c'est la personne du possesseur, n'est-ce pas le même langage? Seulement, la forme abstraite donnée par Puchta et par Bruns à leur théorie la rend plus inconciliable encore que celle de Savigny avec les idées romaines.

Ihering a le tort, dans sa réfutation, de tomber dans le travers qu'il reproche à ses adversaires, et de se livrer à une longue dissertation philosophique qu'il est inutile d'apprécier ici. Il suffira de montrer que les idées de Puchta et de Bruns ne peuvent s'accommoder aux institutions romaines.

D'ailleurs, Ihering fait remarquer que la volonté n'est pas si sacrée qu'on le dit, puisqu'on peut, au nom de la loi, enlever au voleur la chose volée. Alors, pourquoi le voleur est-il protégé, lorsque la chose lui est enlevée non par les agents de l'autorité, mais par le propriétaire dépossédé? Le voleur n'a pas plus le droit d'exiger l'intervention de l'autorité et le respect des formes légales dans l'acte qui le dépossédera, que les assiégés n'ont le droit d'exiger

que le siège d'une place forte soit conduit selon les règles de l'art.

En d'autres termes, voici quelle est l'argumentation d'Ihering : Je comprendrais que l'on créât à l'encontre du voleur une exception au principe de l'inviolabilité de la volonté humaine. Mais pour être logique, il faudrait appliquer cette exception aussi bien au cas où le voleur est dépossédé par le propriétaire qu'au cas où il est dépossédé par les agents de l'autorité. — Il n'y a qu'un malheur : c'est que le droit romain fait parfaitement cette application, du moins jusqu'à la fin de la période classique. En principe, le propriétaire dépossédé a le droit de reprendre, même par violence, au voleur la chose qui lui a été enlevée, car tout voleur possède *vi aut clam* à l'égard du volé. Nous avons cité plus haut (3) de nombreux textes à l'appui de cette solution.

L'objection d'Ihering n'est donc pas concluante. Mais nous trouvons précisément dans l'idée qui nous a servi à la réfuter un argument contre la théorie de la volonté. Les Romains considéraient si peu la volonté comme inviolable qu'ils autorisaient les particuliers à se faire justice à eux-mêmes, et à violer les fermes intentions de l'individu qui leur avait ravi un objet ou qui les avait dépossédé de leur champ. Et cependant, si l'on adopte le système de Bruns, si l'on se borne à considérer la volonté pure, dans son essence, abstraction faite de tous les motifs qui peuvent la légitimer, la volonté d'un voleur a la même valeur que celle d'un honnête homme, et ne peut pas plus être violée que celle de ce dernier.

(3) P. 27, note 12. Il y avait, il est vrai, dès l'époque classique, des exceptions à ce principe. Ces exceptions furent plus tard généralisées, mais elles s'expliquent aisément par des motifs de police et d'ordre public.

On sait que l'action *furti* n'appartient pas au possesseur de mauvaise foi, même lorsque ce dernier voudrait l'intenter, non pas contre le propriétaire de la chose ravie, mais contre des tiers qui se sont emparés de l'objet sans prétendre avoir sur lui aucun droit. Et cependant le possesseur de mauvaise foi aura les interdits possessoires contre ceux qui l'ont dépossédé. Comment explique-t-on, dans la théorie de la volonté, qu'un délit contre la volonté d'un individu ne soit pas réprimé par une action pénale, et soit réprimé au contraire par les interdits possessoires? Je ne le vois guère. Tandis qu'au contraire si l'on admet que le trouble apporté à la possession d'autrui soit un délit contre l'*ordre social* et non contre la volonté d'un particulier, on conçoit parfaitement que le possesseur de mauvaise foi soit dépourvu par la loi des armes qui ne sont données que pour sauvegarder un intérêt particulier (action *furti*), et soit muni au contraire de celles qui servent à protéger l'intérêt général.

Ihering fait encore au système de la volonté d'autres objections. Il remarque que, si les interdits possessoires reposaient sur une violation de la volonté, ils ne seraient pas donnés dans les cas où il n'y a aucune lésion de la volonté. Et il cite l'exemple suivant : deux individus arrivent en même temps, par des chemins différents, sur un fonds dont ils prétendent tous les deux se mettre en possession en qualité d'héritiers du propriétaire défunt. Ils veulent savoir si un seul d'entre eux possède l'immeuble en totalité, ou s'ils possèdent chacun la moitié indivise de l'immeuble. Ils débattront la question, dit Ihering, au moyen de l'interdit *uti possidetis,* sans qu'on exige d'eux aucun acte de violence. — Évidemment, aucun acte de violence *réelle* ne sera exigé, mais une violence *fictive*

sera nécessaire. D'ailleurs, chacun des deux plaideurs trouble la volonté d'autrui en prétendant posséder pour le tout.

Mais Ihering tient en réserve des arguments moins discutables. Si, dit-il, c'est la volonté qui est protégée, pourquoi exiger la possession quand la volonté se manifeste d'une autre manière? Un chasseur poursuit une pièce de gibier. Un autre la tue sous ses yeux. Cependant, le premier chasseur, dont la volonté est lésée, n'aura aucun interdit pour réparer cette lésion. De même, dans un lieu public, une personne marque d'un signe la chaise qu'elle vient de quitter, avec l'intention de la reprendre. Pendant son absence, quelqu'un s'en empare; sa volonté est lésée. Cependant, il n'aura aucune action possessoire pour obtenir d'être réintégré dans la détention de sa chaise (3 *bis*).

Comment explique-t-on, dans la théorie de la volonté, que le locataire, le fils de famille, le détenteur d'un *locus publicus* n'aient pas les interdits possessoires? Leur volonté n'est-elle pas respectable au même degré que celle des personnes protégées par les interdits possessoires? L'objection est surtout frappante si l'on suppose que le *filiusfamilias* se croit *sui juris*, que le détenteur du *locus publicus* se croit possesseur d'une chose privée, ou que le locataire ignore le rapport contractuel qui l'unit au propriétaire de la chose.

Mais, même en admettant que ces personnes connaissent leur situation, qu'importe? Leur *animus* est-il moins énergique que celui du précariste, du créancier gagiste, du séquestre ou de l'usufruitier? Font-elles une diffé-

(3 *bis*) On pourrait aussi expliquer ce fait par l'adage : *De minimis non curat prætor !*

rence, au point de vue de la volonté d'être en rapport avec la chose, entre leur propre intention et l'intention des véritables possesseurs? Savent-elles ce que c'est que la détention et ce que c'est que la possession ; et l'offense faite à leur volonté sera-t-elle moins grave et leur sera-t-elle moins pénible? Les partisans de la théorie de la volonté se tirent d'affaire en déclarant que, quelle que soit au fond l'intention de ces personnes, la loi refuse d'en tenir compte, et leur impose une volonté typique dont, à ses yeux, elles ne peuvent pas se départir. Ihering a très bien relevé le cercle vicieux auquel conduit cette argumentation : « Il résulterait de là que le motif pour lequel on leur refuse la possession ne réside pas dans leur volonté, mais dans les règles du droit : la possession leur fait défaut parce qu'ils n'ont pas la volonté ; et pourquoi leur dénie-t-on la volonté? parce que le droit ne leur accorde pas la possession (4). »

La théorie de la volonté a été reprise sous une autre forme, plus abstraite et par conséquent moins soutenable encore, par Windscheid (5). D'après cet auteur, en vertu d'un prétendu principe d'égalité, qui a peut-être son siège dans les plus hautes régions philosophiques, mais qu'il est à coup sûr impossible de retrouver dans les idées juridiques romaines, toute volonté a la même valeur qu'une autre. Si une volonté isolée veut se réaliser vis-à-vis de la première, celle-ci pourra en appeler à la justice. — Ihering réfute d'un mot cette théorie : si la première volonté est dépouillée, pourquoi recourrait-elle contre la seconde, si celle-ci a exactement la même valeur que la

(4) Ihering, *op. cit.*

(5) Windscheid, *Pandectes*, p. 365.

première? Au fond, cette réfutation même était inutile. M. Windscheid aurait dû se souvenir que nous ne sommes point ici dans le cabinet du philosophe, mais dans le prétoire, et que nous assistons aux luttes juridiques des hommes, et non aux combats chimériques de volontés abstraites.

Ce n'est pas à dire que la théorie de la volonté se manifeste toujours sous cette forme spéculative. Même parmi les jurisconsultes qui affectent un profond mépris pour la philosophie appliquée au droit, les idées de Bruns et de Puchta ont rencontré des adeptes peut-être inconscients. Ainsi, M. le juge Holmes, qui s'écarte avec prudence des systèmes allemands sur la possession, parce qu'il y voit la griffe du métaphysicien profondément imprimée, reproduit, sous une forme plus concrète et plus humoristique, le système que nous venons de combattre : « Il est tout à fait suffisant, dit-il, pour étayer la loi, que l'homme, par un instinct qu'il partage avec le chien domestique, et dont le veau marin donne un plus frappant exemple, ne se résigne pas à se voir dépossédé, par force ou par fraude, de ce qu'il possède, sans essayer de regagner ce qu'on lui a ravi (5). » C'est bien là une théorie analogue à celle de Bruns : la volonté du possesseur, incorporée dans une chose, est lésée par un trouble ou une dépossession. Le fait seul de cette lésion donne ouverture à une action possessoire. Ainsi, M. le juge Holmes tombe précisément dans le travers qu'il reproche aux jurisconsultes allemands; il essaye seulement de mettre son opinion à l'abri derrière les images et les comparaisons ingénieuses dont il émaille son exposé. Au fond, toutes les objections que nous avons

(5) *Common Law*, p. 213.

faites à la théorie de la volonté peuvent être reproduites ici.

Examinons, pour en finir avec les théories absolues, le système exposé par Stahl (6). Cet auteur constate que la détention des choses présente un grand intérêt économique, une valeur commerciale considérable, et il voit dans ce fait le fondement de la protection possessoire. Les idées de Stahl me semblent avoir été reprises par M. le professeur Kuntze, qui, bien qu'il adopte en définitive une théorie différente, développe complaisamment le système que nous discutons, et accorde aux motifs indiqués par Stahl une influence considérable dans la solution du problème (7). « Dans l'enchaînement du système de la procédure et du système des preuves, dit-il, le possesseur, considéré comme tel, reçoit un avantage; cette supériorité de procédure est un droit, qui ne pouvait pas rester sans protection. Le droit se dégage du fait de la possession, puisqu'il procure au possesseur une position de faveur dans le procès. *A cause de sa valeur dans le procès, la possession sera dotée d'une protection juridique.* » M. Kuntze reproduit plus loin la même assertion à propos de la valeur de la possession au point de vue de l'usucapion.

Ainsi, d'après les partisans de ce système, la possession est un fait indépendant de tout droit; mais comme ce fait a une valeur économique, il est protégé. Ne faudrait-il pas dire au contraire que la possession correspond à un droit; comme telle elle est protégée par des interdits spéciaux qui ont précisément pour but d'assurer au possesseur la situation de défendeur dans le procès; et c'est parce qu'elle est pro-

(6) Stahl, *Die philosophie des Rechts*, 2e vol., sect. 1, pp. 364 et s., 2e édit.

(7) J.-E. Kuntze, *op. cit.*

tégée qu'elle acquiert une valeur économique. Cette valeur est incontestable, mais elle ne suffit pas pour autoriser le possesseur à réclamer une protection légale. Il faut en outre qu'il puisse se prévaloir d'un motif de justice. L'intérêt ne suffit pas; il faut qu'un motif de droit s'y joigne. Autrement, le droit refuse sa protection. En d'autres termes, le droit protège bien toutes les valeurs économiques; mais il les protège entre les mains de ceux qui méritent sa protection. En outre, la simple détention a une valeur, comme la possession. La théorie de Stahl conduirait donc à accorder la protection possessoire à des personnes auxquelles le droit romain la refuse formellement.

CHAPITRE IV.

EXPOSÉ ET DISCUSSION DE LA THÉORIE D'IHERING.

Après avoir ainsi réfuté les théories que nous venons d'examiner à sa suite, Ihering en arrive à exposer son propre système. Il s'efforce de démontrer que la possession est protégée comme position avancée de la propriété, puis il cherche la confirmation de son opinion dans les divers moyens de protection accordés par le droit romain à la possession, propose une définition de la possession; enfin, il justifie cette définition en l'examinant au point de vue des circonstances dans lesquelles se produisent l'acquisition et la perte de la possession. Nous suivrons Ihering dans ses explications, en adoptant celles qui nous sembleront justes, en nous efforçant de réfuter celles qui nous paraîtront moins exactes.

SECTION 1.

Insuffisance de la protection de la propriété sans la protection de la possession.

Les théories courantes commettent, ce me semble, une faute de méthode dans l'étude de la possession. Elles commencent par déterminer ce que c'est que la possession, puis

expliquent quel intérêt il y a à la protéger, et étudient les moyens légaux de protection possessoire inventés par les Romains. Avec cette méthode, la connexité qui existe entre la possession et la propriété ne nous apparaît pas, et les remèdes possessoires nous semblent convenir tout aussi bien au non-propriétaire qu'au propriétaire. L'avantage qu'ils offrent au non-propriétaire étant même très frappant, on est tenté d'établir une profonde différence entre la possession et la propriété, de les mettre perpétuellement en antagonisme l'une avec l'autre. On ne se rend plus compte du parallélisme, pourtant évident, qui règne entre les deux institutions. En un mot, dans les théories combattues par Ihering, on part du pouvoir physique exercé sur une chose, on passe de là aux interdits, et l'on remarque que le droit à ces interdits peut coïncider ou ne pas coïncider avec la propriété. Il fallait suivre une toute autre marche, et Ihering l'a compris : il part de la propriété, passe de là aux interdits, qu'il croit organisés en faveur du propriétaire, et constate que le droit à ces interdits peut coïncider ou ne pas coïncider avec le pouvoir physique.

Pour Ihering, la protection accordée à la possession est le complément indispensable de la protection de la propriété; c'est une « facilitation » de preuve accordée au propriétaire, mais qui, par une exception fâcheuse, et pourtant inévitable, profitera aussi au non-propriétaire.

Si la possession n'était pas protégée, la situation du propriétaire serait triste. Pour obtenir réparation du moindre trouble, et même dans le cas de vol ou de *damnum injuria datum,* il serait obligé de se prévaloir de sa propriété, et l'on mettrait ainsi à sa charge une preuve très difficile, une *diabolica probatio* qu'il ne pourrait souvent fournir qu'après de longues recherches et d'une façon très impar-

faite. La loi refuserait ainsi sa protection à tous les propriétaires qui, bien qu'installés sur un fonds de terre, bien qu'exerçant depuis longtemps les attributs de la propriété, sont dans l'incapacité de prouver leur droit. Ce ne serait pas juste, et voilà pourquoi les Romains ont imaginé la protection possessoire.

L'idée d'Ihering est à coup sûr ingénieuse, et nous verrons dans la suite de cette étude qu'il la justifie dans un grand nombre d'hypothèses. Nous nous efforcerons, toutefois, de démontrer qu'à côté d'elle, il y a place pour d'autres éléments, dont Ihering a peut-être eu tort de ne pas tenir compte. Mais pour le moment, nous adoptons, en principe, la théorie d'Ihering, quitte à restreindre ensuite, dans des proportions que nous établirons, sa sphère d'application.

Dès le début, une objection a été faite à l'opinion que nous venons d'exprimer. Réfutons-la tout de suite. Pourquoi, a-t-on dit, cette facilitation de preuve accordée au propriétaire, tandis qu'elle n'est pas accordée à l'acquéreur d'une créance? On peut soutenir qu'aujourd'hui les mêmes raisons militent en faveur du créancier qu'en faveur du propriétaire. Mais en était-il de même à Rome? Assurément non. Protéger un simple possesseur, c'est assurer à la transmission des droits son efficacité ; c'est reconnaître, sans qu'il soit besoin de le prouver, un *negotium juris* antérieur. A Rome, les transmissions de propriété devinrent de bonne heure fréquentes. A une certaine époque, il était évident que le détenteur actuel d'un champ n'était pas le même que celui qui s'était mis en possession au moment où ce champ avait commencé d'être une propriété privée. Il pouvait arriver que ce détenteur ignorât le nom de ses auteurs, ou ne pût pas prouver d'une façon catégorique sa

propriété. Fallait-il le laisser sans protection? Au contraire, les transmissions de créance ne furent jamais bien fréquentes à Rome. La jurisprudence les voyait d'un mauvais œil, et elles ne pouvaient se faire que suivant des formes embarrassantes. Le plus souvent, par conséquent, le détenteur d'une créance en était le titulaire primitif, et pouvait avec la plus grande facilité prouver son contrat. On comprend donc fort bien que les Romains n'aient pas étendu aux créances la protection possessoire qu'ils accordaient à la propriété. Aujourd'hui, les choses ont changé. La circulation des créances est devenue très active, et la preuve du titre d'acquisition de plus en plus difficile. Il fallait aussi faciliter la preuve. C'est ce qu'on a fait en appliquant aux titres au porteur la vieille maxime romaine : *Sufficit ad probationem si rem corporaliter teneam.*

Ainsi, l'argument se retourne contre ceux-là mêmes qui l'avaient formulé. Ils prétendent que la théorie d'Ihering devrait logiquement s'étendre à la protection des créances. Nous venons de voir que cette partie de la protection possessoire n'était pas admise en droit romain pour des motifs spéciaux que nous nous sommes efforcés de déduire, et nous avons vu aussi qu'aujourd'hui que ces motifs ont disparu, les circonstances ont imposé au législateur l'extension que réclamaient nos adversaires.

D'ailleurs, ce n'est pas seulement dans les interdits possessoires que la preuve est facilitée au propriétaire. Il est certain que la *condictio furtiva* et l'*actio legis Aquiliæ* ne compètent qu'au propriétaire. Des textes formels nous l'affirment (1). Mais est-ce à dire que le propriétaire, pour

(1) Voy. notamment le fr. 1, D. *De cond. furt.*, 13, 1 : *In furtiva re soli domino condictio competit*, et le fr. 11, § 6, *Ad leg. Aq.*, 9, 2 : *Legis Aquiliæ autem actio hero competit, hoc est domino.*

faire triompher son action, devra fournir la preuve de sa propriété? Pas du tout. Seulement, le défendeur pourra repousser l'action en prouvant que le demandeur n'est pas propriétaire. En cette matière, le droit romain applique la règle reproduite par l'article 2230 du Code civil, aux termes de laquelle on est présumé posséder pour soi et à titre de propriétaire. Nous sommes ici dans la sphère d'action de la maxime de Paul déjà citée : *Sufficit ad probationem si rem corporaliter teneam* (2). Dans la *condictio furtiva* et dans l'*actio legis Aquiliæ,* le possesseur est présumé propriétaire jusqu'à preuve contraire (2 *bis*). C'est là une facilitation de preuve.

Les interdits possessoires présentent pour le propriétaire un avantage analogue. Mais ce qui les distingue des actions dont nous venons de parler, c'est que le défendeur ne peut pas demander sa mise hors d'instance en prouvant que le demandeur n'est pas propriétaire. *La question de propriété est exclue du débat lorsqu'il s'agit des interdits possessoires.* Tel est, selon Ihering, le caractère essentiel des interdits possessoires. Il en conclura plus tard que l'interdit *de precario,* par exemple, où la question de propriété peut être soulevée, n'est pas, à proprement parler, un interdit possessoire. C'est là une exagération. Nous convenons volontiers que l'exclusion de la question de propriété est un caractère important des interdits possessoires, qu'il est absolument essentiel pour l'interdit *uti possidetis* qui a un caractère purement provisoire, mais nous ne saurions généraliser cette idée sans nous mettre en contradiction évidente avec la terminologie romaine, qui range parmi les

(2) Paul, *Sent. rec.,* V, 11, § 2.

(2 *bis*) V. Ihering, *Esprit du droit romain.*

interdits *recuperandæ possessionis* l'interdit *de precario.*

La possession est donc, selon l'expression imagée d'Ihering, un ouvrage avancé de la propriété. Ce n'est pas pour elle-même qu'elle est protégée, c'est en considération de la propriété. Mais comme la loi n'exige que la preuve de l'*extériorité* de la propriété, celui qui, quoique non propriétaire, pourra prouver qu'il exerce les attributs du propriétaire, sera aussi protégé. La protection possessoire sera donc exceptionnellement donnée à un individu qui n'est pas propriétaire. Elle pourra même parfois tourner contre le propriétaire, ainsi que nous le prouve le fr. 4, § 26, *De usucap.*, 41, 3 : *Si dominus fundi possessorem vi dejecerit..., interdicto unde vi restiturus sit possessionem.*

Ainsi, comme le dit fort justement M. Lightwood, en résumant les idées d'Ihering (3), « la possession a été considérée par les commentateurs comme si, en lui donnant une protection, on avait eu quelque intention spéciale en faveur du non-propriétaire, et de là viennent un grand nombre d'erreurs courantes. Mais cela provient clairement d'une confusion entre les résultats voulus et les résultats non voulus des institutions légales. Le but était que la possession du propriétaire fût aisément protégée; si la possession d'un voleur peut être aussi quelquefois protégée, même contre le propriétaire, c'est une conséquence qui a porté au delà du but légal, mais cela ne fait pas partie de ce but. »

La protection du non-propriétaire est donc une conséquence fâcheuse, mais inévitable, de la protection possessoire. De même, lorsqu'il s'agit de titres au porteur, le titre se confondant avec la créance et en faisant preuve, le

(3) *Law quarterly Review*, janvier 1887, pp. 32-54.

D

voleur peut se prévaloir des avantages créés pour le propriétaire. Cependant, personne ne s'est imaginé de soutenir que les titres au porteur avaient été créés dans l'intérêt du voleur. Il ne faut pas confondre les conséquences inévitables et fâcheuses d'une institution avec le but de cette institution. Si l'on contestait ce principe, on aboutirait aux résultats suivants : le but d'un jugement est de convertir l'injustice en droit, car, même lorsqu'une sentence produit ce résultat, elle est inattaquable; le but de l'institution du tribunat romain était de bouleverser l'État car, en fait, l'application du droit de *veto* pouvait avoir ce résultat; le but du droit de grâce, c'est de faire échapper les criminels à la répression, car, en fait, une application inconsidérée de ce droit pourrait conduire à cette conséquence.

Notre manière inexacte de concevoir la possession vient peut-être en partie de la façon dont nous ont été inculquées les premières notions du droit romain. A l'école, pour nous prémunir contre la confusion que fait le langage courant entre les mots *possession* et *propriété,* on s'est appliqué tout d'abord à nous les faire distinguer, et pour cela, on a pris l'exemple le plus net, celui du voleur; on nous a enseigné que le voleur n'était pas un propriétaire, mais était un possesseur. Rien de mieux. Mais le malheur, c'est qu'ayant appris à distinguer les deux idées de possession et de propriété, nous saisissons facilement leurs différences, et nous sommes moins frappé de leur rapprochement. Ihering a peut-être réagi d'une façon exagérée contre cette tendance. Ses idées n'en sont pas moins fécondes. Appliquées avec une sage modération, elles pourront être employées dans l'avenir à édifier d'une façon définitive la théorie de la possession.

Il y a pourtant, dans le système que nous venons d'ex-

poser, un point très critiquable : Ihering voit dans la protection du non-propriétaire par les interdits possessoires une conséquence fatale, *et d'ailleurs fâcheuse,* des principes fondamentaux de la protection possessoire. C'est vrai si l'on envisage la protection que ces interdits donnent au voleur. Mais entre le voleur et le propriétaire, il y a une foule de situations intermédiaires qui sont, la plupart, dignes de protection. Les interdits possessoires ont été aussi faits pour ces situations, et ce n'est pas un mal. Celui qui s'empare d'un champ actuellement inoccupé et le cultive n'en est pas propriétaire, et cependant est-il juste que le premier venu puisse expulser le paisible possesseur de ce champ, l'homme qui s'est attaché à la terre qu'il a labourée, qui l'a fertilisée par son travail? Évidemment non. Le possesseur d'un champ, bien qu'il n'en soit pas propriétaire, a droit à la protection de la loi, surtout dans un pays où l'on attachait une si grande importance à ce que les champs fussent cultivés. Nous savons par le témoignage d'Aulu-Gelle (IV, 12), que le censeur obligeait les citoyens à cultiver leurs champs : *Si quis agrum suum passus fuerat sordescere eumque indiligenter curabat ac neque araverat neque purgaverat, sive quis arborem suam vineamque habuerat derelictui, non id sine pœna fuit, sed erat opus censorium.* De plus, la législation impériale a permis au premier venu de s'emparer des champs inoccupés, et d'en devenir propriétaire par une possession de deux ans (L. 8, C. *De agro deserto,* 11, 58). Enfin, Suétone nous rapporte (Vesp., ch. 8) que cette mesure fut étendue par Vespasien aux terrains à bâtir non employés : *vacuas areas occupare et ædificare, si possessores cessarent.*

La protection du possesseur non propriétaire n'est donc pas toujours fâcheuse; et il est très possible que la protec-

tion possessoire ait été instituée, non seulement en faveur du propriétaire, mais aussi en faveur des détenteurs dignes d'intérêt.

Il est néanmoins certain que la protection possessoire servira le plus fréquemment au propriétaire. La démonstration d'Ihering est complète sur ce point. Il en tire cette conséquence, que la protection possessoire a été imaginée en faveur du propriétaire. Nous verrons dans la suite de cette étude quelle part il faut accorder à cette idée. Mais constatons dès maintenant que l'argument n'est pas aussi probant qu'on pourrait le croire. La protection possessoire profitera ordinairement au propriétaire. En résulte-t-il qu'elle a été organisée pour lui? En aucune façon. Il nous paraît certain que c'était le propriétaire quiritaire lui-même qui intentait le plus fréquemment la Publicienne [4]. Et personne ne s'est cependant avisé d'en tirer cette conséquence étrange que c'était le propriétaire quiritaire que le préteur Publicius avait voulu protéger.

Suivons toujours le raisonnement d'Ihering. La possession, ayant une valeur patrimoniale à cause de la protection dont elle est dotée, va être recherchée. C'est ce qui se produira dans les interdits *adipiscendæ possessionis*. Si la possession, considérée en elle-même, a une valeur juridique, le droit peut aussi reconnaître la prétention d'un plaideur à ce que la possession lui soit concédée. Cette idée, d'après Ihering, aurait l'avantage de faire rentrer dans la classe des interdits possessoires les interdits *adipiscendæ possessionis*, dont le système de Savigny les faisait sortir. A mon avis, cette considération n'a aucun intérêt

(4) C. Appleton, *Histoire de la propriété prétorienne*, t. II, §§ 226 et suiv.

dans cette étude. Nous avons à rechercher pourquoi la possession est *protégée,* nous n'avons pas à nous demander dans quels cas elle peut être *adjugée.* Le fait intéressant et curieux, c'est qu'un citoyen puisse réclamer la protection de la loi en s'autorisant d'une possession présente ou passée. Les interdits possessoires, au sens strict du mot, sont ceux qui servent à protéger l'état de fait qui prit le nom de possession. Qu'on ait étendu cette appellation à des moyens de procédure tendant à obtenir la détention provisoire d'une chose ou d'un ensemble de biens, peu nous importe. Le but de ces derniers interdits est tout autre et leur importance doctrinale bien moindre. Nous pouvons donc les rejeter du cadre de cette étude.

En somme, les idées qu'Ihering développe sur les divers points que nous venons d'examiner peuvent se résumer en quelques propositions que nous empruntons à M. Lightwood (5) :

« 1° La protection de la possession est instituée, non pas dans l'intérêt du voleur, mais dans l'intérêt du propriétaire, et en règle, c'est le propriétaire qui en bénéficie.

« 2° Le bénéfice qu'elle confère est une facilitation de preuve; comme cette facilitation exige l'exclusion de la question de propriété, le non-propriétaire en bénéficie aussi forcément.

« 3° On définit donc exactement la possession sous son aspect pratique en l'appelant un ouvrage avancé de la propriété..

« 4° Mais les avantages que la possession confère lui donnent une valeur économique, et ceci rend compte du fait qu'il peut y avoir des débats pour la retenir, toute question

(5) *Loc. cit.*

de violence mise à part, et des débats aussi pour l'obtenir. »

Après avoir posé d'une façon générale les principes de son système, Ihering s'efforce d'en trouver la vérification dans l'examen des diverses classes d'interdits possessoires. Nous allons le suivre dans ses développements.

SECTION II.

Arguments que la théorie d'Ihering emprunte à l'étude des interdits retinendæ possessionis.

Ihering, fidèle en cela à la doctrine classique, trouve l'origine des interdits *retinendæ possessionis* dans les *vindiciæ* de l'ancienne procédure. Le préteur, à l'époque où l'action en revendication était exercée dans la forme des actions de la loi, attribuait la possession provisoire durant l'instance, et les avantages de fait qu'elle comporte, à celui des plaideurs qui lui paraissait avoir le meilleur droit *prima facie*. On a discuté sur la partie de cette mesure; quoi qu'il en soit, elle prouve, d'après Ihering, d'une part que dès l'origine la connexité qui existe entre la possession et la propriété se manifeste, puisque les questions possessoires sont soulevées à l'occasion du débat sur la propriété; d'autre part, que la question de possession est indépendante de la violence, car le préteur pouvait conférer l'avantage des *vindiciæ* même à l'auteur du trouble.

Les conséquences qu'Ihering tire de l'institution des *vindiciæ* sont contestables sur un point : Ihering — et nous aurons souvent l'occasion de faire cette remarque — exagère ici la sphère d'application des conséquences qu'il tire. Les *vindiciæ* ont donné naissance aux interdits *retinendæ possessionis*. Nous pouvons tirer de ce fait des con-

séquences applicables aux interdits *retinendæ possessionis*, mais à ceux-là seulement.

Les autres interdits sont hors de cause. Si Ihering soutient que la connexité entre la propriété et la possession, que l'absence de l'idée de la protection de la personne contre un délit se manifestent dans les interdits *retinendæ possessionis*, nous sommes d'accord. Mais s'il veut généraliser ces idées, et les étendre à tous les interdits possessoires, nous faisons nos réserves.

D'ailleurs, le fait que les interdits *retinendæ possessionis* furent donnés comme moyen de déterminer le rôle des parties dans une revendication future est formellement attesté par les textes :

Gaius, IV, § 148 : *Retinendæ possessionis causa solet interdictum reddi, cum ab utraque parte de proprietate alicujus rei controversia est, et ante quæritur uter ex litigatoribus possidere et uter petere debeat; cujus rei gratia comparata sunt* UTI POSSIDETIS *et* UTRUBI.

Institutes de Justinien, IV, 14, § 4 : ce passage reproduit, en l'amplifiant, le paragraphe correspondant de Gaius.

Fr. 1, § 3, D. *Uti possidetis*, 43, 17 (Ulpien) : *Inter litigatores ergo quoties est proprietatis controversia, aut convenit inter litigatores uter possessor sit, uter petitor, aut non convenit. Si convenit, absolutum est; ille possessoris commodo quem convenit possidere, ille petitoris onere fungetur. Sed si inter ipsos contendatur, uter possideat, quia alteruter se magis possidere affirmat, tunc, si res soli sit, in cujus possessione contenditur, ad hoc interdictum remittentur.*

Fr. 35, D. *De acquirenda vel amittenda possessione*, 41, 2 : *Exitus controversiæ possessionis hic est tantum, ut prius pronunciet judex, uter possideat; ita enim fiet, ut is, qui victus est de possessione, petitoris partibus fungatur, et tunc*

de dominio quæratur. Il s'agit dans ce texte comme dans les deux précédents, des interdits *retinendæ possessionis*. En effet, ce sont les seuls où il y ait, à proprement parler, une *controversia possessionis*. De plus, la corrélation qui existe entre ce passage et les passages précités est trop évidente pour qu'on puisse la nier. Remarquons enfin que le fr. 35, D. 41, 2, est d'Ulpien, comme le fr. 1, § 3, D. 43, 17. L'hypothèse prévue par le jurisconsulte est la même dans les deux textes, il y donne deux solutions absolument identiques.

L. 3, C. *De interdictis*, 8, 1 : *Incerti juris non est, orta proprietatis et possessionis lite, prius possessionis decidi oportere quæstionem competentibus actionibus, ut ex hoc ordine facto, de dominii disceptatione probationes ab eo, qui de possessione victus est, exigantur.*

L. 13, C. *De rei vindicatione*, 3, 32 : *Ordinarii juris est, ut, mancipiorum orta quæstione, prius exhibitis mancipiis de possessione judicetur, ac tunc demum proprietatis causa ab eodem judice decidatur.*

Il faut faire sur ces deux derniers textes la même réflexion que sur les trois autres : il ne peut s'agir ici que des interdits *retinendæ possessionis*, dont le but normal est de servir de préliminaire à la revendication. Aucun texte ne s'exprime ainsi lorsqu'il s'agit des interdits *recuperandæ possessionis*. On ne peut donc tirer des textes que nous venons de citer aucune induction en ce qui concerne le fondement des interdits *recuperandæ possessionis*. Il ne faut donc pas, comme le fait Ihering, et après lui M. Lightwood, généraliser l'argument qu'on tire de ces textes. Il doit être restreint aux interdits *retinendæ possessionis* (6).

(6) On reproduirait ce raisonnement sur tous les autres textes de

L'idée d'Ihering se trouve encore confirmée, d'après lui, par un assez grand nombre de textes où le mot *dominus* ou les adjectifs qui servent à désigner la propriété sont employés pour désigner la possession. Cela prouverait que les interdits possessoires sont le plus souvent intentés par le propriétaire. Nous n'y contredisons pas; mais il ne faudrait pas attribuer une trop grande importance à des expressions auxquelles nous sommes exposés à attacher un sens trop précis et trop technique parce qu'elles ne sont pas écrites dans notre langue.

Ihering tire aussi argument d'un passage de Paul, le fr. 8, *De vi,* 43, 16, où le jurisconsulte indique que l'interdit *unde vi* est accordé au possesseur *même non propriétaire* (*vel non dominus*). Paul, dit Ihering, a soin de le faire remarquer. C'est une chose extraordinaire et exceptionnelle, aux yeux de Paul. Donc, ordinairement, c'est le propriétaire qui intente les actions possessoires. — Mais l'interprétation de ce texte me paraît être beaucoup plus simple : dans l'intention du législateur, l'interdit *unde vi* est donné pour protéger le possesseur, qu'il soit ou non propriétaire. C'est par des considérations étrangères à l'idée de protection de la propriété, que le préteur a été amené à créer l'interdit *unde vi.*

Ihering trouve encore une confirmation de ses idées dans la situation des fous, des enfants, des personnes morales, au point de vue de la protection possessoire. Ces personnes, n'ayant pas de volonté, ne devraient ni pouvoir acquérir la possession, ni participer à la protection posses-

moindre importance cités par Ihering. Pas un d'entre eux ne prononce e nom des interdits *recuperandæ possessionis.* — Voy. aussi, sur l'origine des interdits *retinendæ possessionis,* C. Appleton, *Histoire de la propriété prétorienne*, t. I, §§ 12 et suiv.

soire. Cependant, elles peuvent être propriétaires et acquérir par l'intermédiaire de leurs représentants. Il est évident que, si l'on admet que la protection possessoire est un complément de la protection de la propriété, refuser les interdits possessoires à toute une série de personnes capables d'acquérir la propriété, c'est les placer, au point de vue de la défense de leur droit de propriété légitimement acquis, dans une situation inférieure et injuste. Aussi de nombreux textes admettent-ils que ces personnes peuvent usucaper, qu'elles jouissent de la protection possessoire, et qu'elles peuvent acquérir la possession par l'intermédiaire de leurs représentants.

Ihering cite, à l'appui de son opinion, le passage suivant :

Fr. 44, § 6, D. *De usucap.*, 41, 3 : *Eum, qui posteaquam usucapere cœpit, in furorem incidit, utilitate suadente relictum est* (6 bis), *ne languor animi damnum etiam in bonis afferat, ex omni causa implere usucapionem.*

Il faut y ajouter d'autres textes :

Fr. 32, § 2, D. *De acq. poss.*, 41, 2 : *Infans possidere recte potest, si tutore auctore cœpit, nam judicium infantis suppletur auctoritate tutoris; utilitatis enim causa hoc receptum est, nam alioquin nullus consensus est infantis accipienti possessionem.*

Ce texte est important, car il contient une notable dérogation au droit commun. Généralement, lorsque le pupille est *infans*, le tuteur n'agit pas en prestant son *auctoritas*, mais en gérant. Les principes s'opposent à ce que le tuteur intervienne pour *compléter* la capacité d'un *infans*, alors que cette capacité est absolument nulle. Mais ici, il est

(6 *bis*) C'est-à-dire *receptum est.*

très important que le tuteur puisse prester son *auctoritas,* afin de pouvoir faire acquérir la possession à l'*infans* lui-même, et de supprimer du même coup toutes les controverses auxquelles pourrait donner lieu l'application des règles de l'acquisition par autrui, dans le cas particulier d'un pupille *infans.*

Fr. 1, § 20, D. *De acq. poss.,* 41, 2 : *Per procuratorem, tutorem curatoremve possessio nobis acquiritur.*

Fr. 2, D. *eod. : ... hoc jure utimur, ut et possidere, et usucapere municipes possint, idque iis et per servum, et per liberam personam acquiratur.*

Fr. 7, § 3, D. *Ad exhib.,* 10, 4 : *Item municipes ad exhibendum conveniri possunt, quia facultas est restituendi; nam et possidere, et usucapere eos posse constat; idem et in collegiis ceterisque corporibus dicendum est.*

Fr. 11, § 6, D. *De pignor.,* 13, 7 : *... posse per liberam personam possessionem acquiri.*

Le raisonnement d'Ihering est plausible. Est-il probant? Nous ne le croyons pas. En effet, les faits dont il se prévaut pourraient aussi être invoqués dans le système qui considère les interdits possessoires comme des mesures répressives d'un délit. On raisonnerait ainsi : Il y a dans la possession un état de fait dont la violation constitue un délit. On comprend fort bien que la répression de ce délit soit considérée comme nécessaire par le législateur, aussi bien lorsqu'il est commis au préjudice d'un incapable que lorsqu'il est commis au préjudice d'une autre personne.

En terminant, Ihering affirme que, contrairement à l'assertion de Savigny, l'interdit *uti possidetis* était employé non seulement lorsque le trouble possessoire s'était accompli avec violence, mais lorsqu'il s'agissait de régler une controverse possessoire toute pacifique, un débat posses-

soire qui s'élève entre deux personnes, sans qu'aucun des deux ait troublé l'état de fait de l'autre.

Il faut bien reconnaître que l'assertion d'Ihering est fondée sur des textes précis cités plus haut (7). D'autres documents viennent corroborer cette opinion. Ainsi, Ihering cite à l'appui de sa thèse le fr. 38, § 1, *De acq. poss.*, 41, 2. Voici quelle est l'hypothèse prévue par ce texte : Primus a livré à Secundus la possession d'un fonds à condition que lui, Primus, en soit propriétaire au moment de la livraison. Il se trouve que Primus n'était pas propriétaire. Le jurisconsulte décide que la possession n'aura pas été transmise. Puis, donnant une solution plus générale, il déclare que la possession peut être transmise sous condition. Eh bien! la personne à laquelle la possession a été livrée sous condition peut, lorsque l'accomplissement de la condition est contesté, intenter contre son *tradens* l'interdit *uti possidetis* afin de faire juger la question. Il est impossible de lui refuser ce droit, en présence du texte formel du fr. 1, § 3, D. *Uti poss.*, car le demandeur est précisément dans la situation prévue par ce texte. Le jurisconsulte nous dit en effet que l'interdit *uti possidetis* est accordé *si inter ipsos* CONTENDATUR *uter possideat, quia alteruter se magis possidere* AFFIRMAT. Où voit-on ici la condition de la violence, exigée par Savigny?

Ihering cite encore un autre exemple où, d'après Savigny, l'interdit *uti possidetis* devrait être refusé, et où pourtant les principes exigent qu'il soit accordé. Il s'agit de l'hypothèse suivante : Quartus est l'héritier de Tertius. Il détient *alieno nomine* une chose que son auteur Tertius détenait lui-même de son vivant. Il sait que son auteur

(7) P. 55.

détenait pour Primus ou pour Secundus, mais il ignore pour lequel des deux. Il est certain que Primus ou Secundus possède. Mais ils prétendent tous les deux posséder. Quartus offre de remettre la chose à celui des deux qui possède en réalité, et il leur dit : Mettez-vous d'accord, ou faites juger la question. Je ferai ce qui sera par justice ordonné, et je livrerai la chose à celui d'entre vous qui sera reconnu possesseur par le juge. Où est ici la violence? Et cependant l'interdit *uti possidetis* ou l'interdit *utrubi* pourront être intentés par Primus contre Secundus, ou réciproquement. L'un et l'autre, en effet, remplissent toutes les conditions exigées par les textes.

Ce rôle de l'interdit *uti possidetis* et de l'interdit *utrubi,* Ihering l'explique historiquement, et son explication me paraît très plausible. Dans son ancienne forme, la revendication était un *judicium duplex*. Chacune des parties y jouait à la fois le rôle de demandeur et celui de défendeur. Elles se prétendaient toutes les deux propriétaires, et posaient toutes les deux successivement la *vindicta* sur la tête de l'esclave revendiqué, en s'en prétendant propriétaires *ex jure quiritium*. De même, lorsqu'il s'agissait de faire *in jure* le *sacramentum* exigé par la loi, lorsque l'une des parties avait dit : *Quando tu injuria vindicaveris, quingenario sacramento te provoco,* l'autre répondait : *Similiter ego te*. A cette époque, la revendication servait non seulement à faire restituer au propriétaire les avantages usurpés de sa propriété, mais à trancher un désaccord entre deux parties sur la propriété. Après que le système des actions de la loi fut tombé en désuétude, la revendication perdit son caractère *duplex;* mais les interdits *uti possidetis* et *utrubi,* qui succédèrent aux *vindiciæ,* conservèrent ce caractère, et servirent à trancher les *controversiæ possessio-*

nis, comme autrefois la revendication servait à trancher les *controversiæ proprietatis* (7 bis).

L'étude des interdits *retinendæ possessionis* semble donc justifier pleinement la théorie d'Ihering. L'étroite relation qui existe entre la possession et la propriété s'y manifeste d'une façon indubitable, et nous pouvons accorder à l'auteur qu'en ce qui concerne les interdits *retinendæ possessionis,* la protection possessoire est bien une facilitation de preuve accordée au propriétaire (quitte à tenir compte, dans une certaine mesure, de considérations accessoires). On comprend donc aisément qu'Ihering, séduit par la façon dont l'interdit *uti possidetis* cadrait avec sa théorie, se soit pris pour lui d'une affection toute particulière, et lui ait accordé une importance considérable. Il a même écrit : « L'interdit *uti possidetis* est, à mes yeux, la pierre de touche de toute théorie possessoire (8). » Je crois qu'il serait pourtant très imprudent d'édifier une théorie sur l'étude exclusive de l'interdit *uti possidetis,* et j'arrive à l'étude d'autres remèdes possessoires qui ont, à mon avis, aussi leur importance.

SECTION III.

Arguments que la théorie d'Ihering emprunte à l'étude des interdits recuperandæ possessionis.

Ihering devait étudier dans cette section les interdits *unde vi, de clandestina possessione* et *de precario,* ainsi que les interdits *uti possidetis* et *utrubi* dans leur fonction

(7 *bis*) V. *Nouv. Rev. historique,* 1892, pp. 245 et s.

(8) Ihering, *op. cit.,* p. 85.

récupératoire. Mais il remarque d'abord que l'interdit *de clandestina possessione* n'a fait son apparition qu'assez tard dans la législation romaine, et qu'il a disparu assez tôt par suite des modifications apportées par la pratique aux règles de la perte de la possession. Il l'écarte donc du débat. Il écarte aussi l'interdit *de precario,* mais pour d'autres motifs, que nous allons avoir à apprécier.

Selon Ihering, l'interdit *de precario* n'est pas un interdit possessoire. Il invoque, à l'appui de son opinion, les arguments suivants :

Aucun jurisconsulte romain ne qualifie l'interdit *de precario* de récupératoire. Nulle part on ne le trouve joint à l'interdit *unde vi.* — Soit, mais le fr. 2, § 1, D. *De precario,* 43, 26, s'exprime ainsi : *Hoc interdictum restitutorium est.* Je sais ce qu'on peut répondre : le mot *restitutorium* fait allusion à la division des interdits en prohibitoires, exhibitoires et restitutoires, laquelle ne correspond nullement à la division des interdits possessoires en interdits *adipiscendæ, retinendæ* et *recuperandæ possessionis.* J'en conviens. Mais il n'en est pas moins vrai qu'il résulte des termes du fr. 2, § 1 que, par l'interdit *de precario,* le préteur ordonne de restituer quelque chose ou de rétablir un état de fait antérieurement existant. De plus, dans l'esprit des Romains, l'expression *interdictum restitutorium* éveillait immédiatement l'idée d'un interdit *recuperandæ possessionis;* les interdits récupératoires sont en effet les plus remarquables parmi les interdits restitutoires; ce sont ceux-là qu'on cite comme exemples, lorsqu'on parle des interdits restitutoires. Un passage de Gaius (IV, § 162) le prouve catégoriquement : *Si igitur restitutorium... interdictum redditur, veluti ut restituatur ei possessio qui vi dejectus est...* On le voit, Gaius prend pour

exemple des interdits restitutoires l'interdit *unde vi,* qui est le principal des interdits *recuperandæ possessionis*. Et d'ailleurs, nous comprenons parfaitement pourquoi les Romains ont hésité à se servir de l'expression *recuperandæ possessionis* en parlant de l'interdit *de precario,* et pourquoi ils ont préféré le terme plus vague d'interdit *restitutoire*. Ils admettaient qu'à certains points de vue le *rogatus* conservait la possession. On ne pouvait donc pas lui rendre ce qu'il avait déjà. Mais en fait l'interdit avait pour but de faire réintégrer le *rogatus* dans la détention de sa chose, et c'est pourquoi on l'appelait *restitutoire*. D'ailleurs, on ne peut tirer aucun argument de la place qu'occupe dans les sources l'interdit *de precario :* au Digeste, notamment, les interdits sont rangés dans l'ordre le plus arbitraire, et l'interdit *de precario,* qui se trouve après l'interdit *uti possidetis* et l'interdit *unde vi,* est placé avant l'interdit *utrubi*.

Ihering dit encore : L'interdit *de precario* ne suppose pas nécessairement la possession chez le concédant. Il n'est donc pas possessoire. Ihering s'appuie, pour soutenir cette idée, sur le fr. 18, D. *De prec.*, 43, 26, ainsi conçu : *Unusquisque potest rem suam, quamvis non possideat, precario dare ei, qui possideat.* Et il en tire les conséquences suivantes : « L'héritier prie le légataire qui demande la délivrance de la chose léguée, de lui laisser celle-ci encore quelque temps ; le tiers possesseur de ma chose à qui j'ai donné la preuve de mon droit de propriété, le reconnaît et obtient de moi un sursis à la délivrance. En m'appuyant sur ce texte, je puis au moyen de l'interdit *de precario* obtenir la délivrance forcée. » Remarquons d'abord que le texte invoqué par Ihering n'a peut-être pas toute la portée qu'on veut lui attribuer. Il est tiré du livre XIII

des Digestes de Julien. Or, ce n'est pas au livre XIII, mais au livre XLIX de cet ouvrage, que Julien traitait du précaire. Au livre XIII, il s'occupait du gage, ou plus probablement de la fiducie (9). Dans le texte qui précède et dans celui qui suit celui dont nous nous occupons, Julien prévoyait l'hypothèse où le créancier gagiste (ou fiduciaire) laissait au débiteur, à titre de précaire, l'objet donné en gage ou la *fiducia*. Il est probable qu'à ce propos Julien se posait la question suivante : faut-il, pour que le précaire puisse intervenir dans ce cas, que le créancier fiduciaire soit préalablement mis en possession et retransfère ensuite cette possession au débiteur; ou au contraire la convention de précaire peut-elle intervenir dès que le créancier a reçu mancipation de la *fiducia* ou se l'est fait céder *in jure,* alors même que la possession ne lui en aurait pas été transmise? Il est certain que ce second procédé était plus simple et ne pouvait guère présenter d'inconvénients. Julien n'hésite pas, à raison de son caractère essentiellement pratique, à le déclarer légal. Mais il n'est pas certain qu'il formulât ici une règle générale. S'il l'avait formulée, il est plus que probable qu'il l'aurait reproduite dans le livre XLIX, où il traite spécialement du précaire, et il est rationnel de supposer que les compilateurs, au lieu de choisir, pour l'insérer dans les Pandectes, le passage où Julien formule cette règle d'une façon incidente, auraient choisi le passage où il la formule à sa place, et parmi les propositions qui se rattachent au précaire. Concluons de là qu'il est possible que Julien n'ait jamais formulé la règle générale débutant par le mot *unusquisque*... Ce que les compilateurs des Pandectes ont trouvé,

(9) V. Lenel, *Palingenesia juris civilis*, t. I, p. 353.

c'est peut-être une règle spéciale, formulée à propos de la fiducie, et pouvant être ainsi conçue : *Creditor fiduciarius* (au lieu de : *unusquisque*) *potest rem suam* (*id est rem fiduciæ datam*), *quamvis non possideat, precario dare ei qui possideat.* Les compilateurs ont généralisé la règle en écrivant *unusquisque* au lieu de *creditor fiduciarius.* Le mot *unusquisque* est, d'ailleurs, un terme dont les compilateurs se servent volontiers lorsqu'ils veulent généraliser une règle qu'ils ne trouvent formulée que d'une façon toute spéciale. Pour n'en citer qu'un exemple, ils ont introduit le mot *unusquisque* dans le fr. 2, D. *De compens.*, 16, 2, alors qu'il est certain que ce mot ne se trouvait pas dans le texte original, et était probablement remplacé par celui d'*argentarius.*

Mais allons plus loin. Admettons que la règle du fr. 18, D. 43, 26, ait une portée générale, et que les exemples cités par Ihering soient bien choisis. Ne peut-on pas expliquer cette disposition par la notion du constitut possessoire et celle de la tradition *brevi manu?*

Le possesseur, qui possédait primitivement *animo domini,* consent à ne détenir la chose que comme dépositaire par exemple ; la possession est ainsi transmise à l'autre partie, qui, par une tradition *brevi manu,* laisse la chose aux mains du *rogans* à titre de précaire; et ce double changement d'*animus,* uni à la convention de précaire, suffit pour transférer au *rogatus* la possession *ad usucapionem* et le droit à l'interdit *de precario,* en laissant au *rogans* la possession *ad interdicta.*

Je crois ce raisonnement exact. Mais ne le fût-il pas, Ihering ne se montre pas logique en refusant à l'interdit *de precario* le caractère possessoire sous prétexte que le précaire peut être consenti par un non possesseur, alors

qu'il reconnaît le caractère possessoire aux interdits *adipiscendæ possessionis,* donnés à des individus qui n'ont jamais possédé.

Ihering soutient encore que l'interdit *de precario* n'est pas un interdit possessoire parce que le *rogans* peut empêcher sa réussite en prouvant qu'il est propriétaire de la chose donnée à précaire. Ihering tire cette solution de la combinaison de deux textes, les fr. 4, § 3, D. *De precar.*, 43, 26, et 2, *ibid.* Je la crois en effet exacte. Ihering en déduit que, le caractère essentiel de *tous* les interdits possessoires étant de proscrire la question de propriété, on ne peut considérer comme possessoire un interdit où le possessoire et le pétitoire peuvent se confondre.

Et d'abord, est-il impossible de concevoir qu'une législation protège la possession tout en permettant, dans une certaine mesure, le cumul et la confusion du possessoire et du pétitoire? La législation anglaise, qui connaît la protection possessoire, qui lui a même donné une extension considérable, puisqu'elle l'accorde au détenteur *alieno nomine,* admet parfaitement qu'une action possessoire soit repoussée par l'exception de propriété.

D'ailleurs, les textes n'indiquent la nécessité de séparer le possessoire du pétitoire qu'à propos des interdits *retinendæ possessionis.* Le fr. 1, § 2, D. *Uti possidetis,* 43, 17, est formel pour l'interdit *uti possidetis : Hujus autem interdicti proponendi causa hæc fuit, quod separata esse debet possessio a proprietate.* Mais nous ne retrouvons plus les mêmes expressions lorsqu'il s'agit des interdits *recuperandæ possessionis.*

Enfin, s'agit-il bien d'une exception de propriété opposée à l'interdit *de precario?* Non, mais plutôt d'une exception de nullité d'acte. Le fr. 4, § 3, *De precario,* nous dit que la

convention de précaire portant sur une chose dont le *rogans* est propriétaire, est nulle, voilà tout, comme est nulle la vente portant sur la chose même de l'acheteur. Or, les exceptions de nullité d'actes peuvent parfaitement être proposées dans certains interdits possessoires. Ainsi, dans l'interdit *utrubi,* le défendeur pourrait fort bien opposer l'*exceptio legis Ciciæ* au demandeur qui prétendrait joindre à sa possession la possession de son auteur, afin de prouver par là qu'il a possédé plus longtemps que le défendeur pendant l'*annus retrorsùm numeratus.* Le défendeur s'exprimerait ainsi : « J'ai possédé pendant cinq mois. Vous avez possédé par vous-même pendant quatre mois, et vous invoquez, pour les trois autres mois, la possession de votre auteur; mais vous tenez la chose en vertu d'une donation faite en fraude de la loi *Cincia;* votre acte d'acquisition est donc nul. Par conséquent, vous n'avez pas d'auteur au sens légal du mot, et vous ne pouvez vous prévaloir que de votre propre possession. Comme elle n'a duré que quatre mois et que la mienne en a duré cinq, vous ne pouvez pas triompher dans l'interdit *utrubi!* »

Et comment pourrait-on refuser au défendeur dans l'interdit *utrubi* le droit d'opposer l'*exceptio legis Cinciæ?* Le § 311 *frag. Vat.* nous dit que la mancipation ou la tradition ne suffisent pas à rendre inattaquables les donations d'un chiffre supérieur au taux de la loi Cincia : le donataire peut être évincé tant que le donateur lui est supérieur dans l'interdit *utrubi.* Comment donc se passeront les choses? Une fois la tradition faite, le donateur intentera contre le donataire l'interdit *utrubi.* Celui-ci répondra : « Vous n'avez pas le droit d'intenter contre moi l'interdit *utrubi,* car c'est moi qui ai possédé le plus longtemps pendant l'année. En effet, j'ai le droit de joindre à ma propre possession celle

de mon auteur. Or, mon auteur, c'est vous. Je puis donc vous repousser en me prévalant de votre propre possession. » Mais le donateur répliquera : « Vous n'avez pas le droit d'invoquer ma possession, car votre titre d'acquisition est vicieux, et j'ai le droit de me prévaloir de ce vice. Bornez-vous à compter votre propre possession. Or, comme elle n'a pas duré six mois, je puis vous évincer par l'interdit *utrubi,* ayant possédé plus longtemps que vous pendant l'année qui vient de s'écouler. »

D'ailleurs, tout défendeur à l'interdit *utrubi* pourrait, aussi bien que le donateur lui-même, se prévaloir de l'*exceptio legis Cinciæ*. Cette exception appartient en effet à toute personne intéressée. C'est dans ce sens que le § 266 *frag. Vat.* la qualifie d'exception *quasi populaire.*

Les questions de nullité d'actes peuvent donc parfaitement être examinées dans les interdits possessoires; et l'argument tiré par Ihering du fr. 18, D. *De precario,* n'est donc pas probant.

Ihering invoque encore le fr. 15, § 3, D. *De precario.* Aux termes de ce texte, le *rogatus* qui se fait promettre (par stipulation) la restitution du précaire, n'a plus droit à l'interdit *de precario.* Il doit agir par l'action du contrat. Cependant, dit Ihering, un remède possessoire et une action personnelle en restitution peuvent parfaitement coexister. Ainsi, le bailleur expulsé par son locataire pourra se faire remettre en possession à la fois par l'action *locati* et par l'interdit *unde vi.*

J'avoue que je ne saisis pas très bien la portée de l'argument d'Ihering. Peut-on argumenter par analogie de l'interdit *unde vi* à l'interdit *de precario?* Les interdits possessoires correspondent à des besoins très divers. Ils ne sont pas tous taillés sur le même modèle, et je n'éprouve nul-

lement le besoin de les mesurer tous sur le même lit de Procuste. Quand même la différence sur ce point entre l'interdit *unde vi* et l'interdit *de precario* serait injustifiable, je ne vois pas comment on en pourrait tirer que l'interdit *de precario* n'est pas un interdit possessoire. Mais cette différence peut parfaitement se justifier : le délit contre la personne est, sinon la base profonde, au moins la cause immédiate qui donne ouverture à l'interdit *unde vi*. Or, en matière de délit, le concours électif de deux moyens *rei* persécutoires est souvent admis par le droit romain. Je n'en veux citer qu'un exemple : le propriétaire volé, outre les actions pénales qui lui compètent, a le choix entre deux actions *rei* persécutoires, la revendication et la *condictio furtiva*. La situation du propriétaire expulsé par son locataire est la même : il a le choix entre l'interdit *unde vi* et l'action *locati*. Mais on ne peut pas raisonner de même lorsqu'on est en présence d'un *rogatus* qui réclame au *rogans* la restitution du précaire. Là, point de délit commis par le *rogatus*. Il n'y a de sa part qu'un fait purement négatif, le défaut de restitution. La raison qui fait admettre le concours électif lorsqu'il s'agit de l'interdit *unde vi* manque donc ici complètement. Les Romains ne comprennent pas le concours, même électif, de deux actions naissant d'une même convention (9 *bis*). L'interdit *de precario* a été inventé par le préteur pour protéger une situation intéressante, mais non prévue par le droit civil. Du moment que les parties se sont arrangées de manière à trouver dans le droit civil lui-même une sanction de leurs engagements en les enfermant

(9 *bis*) Ainsi, lorsqu'un *mutuum* a été suivi de stipulation, les textes ne donnent que l'action naissant de la stipulation (fr. 6 et 7, D. *De novat.*, 46, 2).

dans une stipulation, le moyen de source prétorienne devient inutile. Voilà pourquoi il n'est plus accordé.

On pourrait peut-être faire l'objection suivante : mais si le concours électif d'actions n'est pas admis en matière de précaire, pourquoi un certain nombre de textes donnent-ils au *rogatus* le choix entre l'interdit *de precario* et l'action *præscriptis verbis?*

Fixons-nous d'abord sur la nature de cette action *præscriptis verbis* admise en matière de précaire. Nous soutenons que ce n'était que la *condictio incerti,* qui est ici donnée à titre de *condictio sine causa.* En effet, la possession, qui est un *incertum,* se trouve sans cause entre les mains du précariste, après la révocation de la concession opérée par le *rogatus.* Le *rogans* est donc obligé envers le *rogatus* en vertu d'un quasi-contrat; il doit restituer à ce dernier un enrichissement indû.

Notre interprétation se trouve confirmée par les considérations suivantes :

1° La *condictio incerti* peut parfaitement être appelée action *præscriptis verbis.* En effet, Gaius, dans la définition qu'il nous donne de la *condictio incerti,* nous dit formellement que cette action contenait une *præscriptio* à la place de *demonstratio : Item admonendi sumus, si cum ipso agamus qui incertum promiserit, ita nobis formulam esse propositam, ut præscriptio inserta sit formulæ, loco demonstrationis* (G. IV, § 136).

2° Le fr. 19, § 2, D. *De precario,* 43, 26, confirme cette interprétation, et nous dit formellement que la *condictio incerti* était donnée pour sanctionner le pacte de précaire : *Quum quid precario rogatum est, non solum interdicto uti possumus, sed et incerti condictione, id est præscriptis verbis.* Eh bien, de deux choses l'une : ou les mots *id est præs-*

criptis verbis sont interpolés, et alors ils prouvent que l'action *præscriptis verbis,* action contractuelle, n'était pas admise à l'époque classique en matière de précaire; ou ils ne sont pas interpolés, et alors ils prouvent que la *condictio incerti* peut être appelée action *præscriptis verbis.*

Le texte que nous venons d'examiner est de Julien; un texte d'Ulpien va confirmer notre opinion. Il s'agit du fr. 2, § 2, D. *De precario,* ainsi conçu : ... *Quum quid precario rogatum est, non solum hoc interdicto uti possumus, sed etiam præscriptis verbis actione, quæ ex bona fide oritur.* On remarquera que, depuis le début jusqu'aux mots *sed etiam,* les deux fragments sont exactement semblables, à un mot près. Cela n'a rien qui doive nous étonner : Ulpien écrivait souvent avec le texte de Julien sous les yeux, et il lui arrivait de recopier, à peu près textuellement, des phrases entières du jurisconsulte. Il est probable qu'il donnait ici la même solution que Julien. Seulement, le précaire ayant profondément changé de nature sous Justinien, et étant devenu un véritable contrat, et d'autre part l'action *præscriptis verbis* étant donnée à cette époque pour sanctionner un grand nombre de contrats réels, et cela sous forme d'action de bonne foi, les compilateurs ont jugé bon de la donner ici. On conçoit aisément, d'ailleurs, que leur interpolation ne se manifeste pas dans ce texte sous une forme identique à celle du fr. 19. En effet, le fr. 2 appartient à la série édictale, et le fr. 19 à la série sabinienne. Les deux textes n'ont donc pas été remaniés dans le même bureau ; c'est ce qui explique la différence de rédaction.

3° D'ailleurs, il est certain qu'Ulpien n'admettait pas, en matière de précaire, l'existence d'une action contractuelle. Dans le fr. 14, § 11, D. *De furtis,* 47, 2, il nous signale la nécessité qu'il y avait de créer l'interdit *de precario,* en

donnant comme motif le caractère pour ainsi dire unilatéral du précaire, qui le fait ressembler à la donation, et empêche par suite le droit civil d'accorder au *rogatus* une action contractuelle en restitution : *Non est contra eum* (le précariste) *civilis actio, quia simile donato precarium est, ideoque et interdictum necessarium visum est.* Si l'action dont parle Ulpien dans le fr. 2 *de precario* avait été une action contractuelle, il y aurait certainement fait allusion dans le texte que nous venons de citer.

Paul est du même avis qu'Ulpien : *Interdictum de precariis merito introductum est, quia nulla eo nomine juris civilis actio esset; magis enim ad donationes et beneficii causam, quam ad negotii contracti spectat precarii conditio* (Fr. 14, D. *De precario,* 43, 26). Faut-il alors prendre à la lettre un autre fragment de Paul (*Sent.,* V, 6, § 10) diamétralement contraire à celui-ci? En voici la teneur : *Redditur interdicti actio, quæ proponitur ex eo, ut quis, quod precarium habet, restituat; nam et civilis actio hujus rei, sicut commodati, competit : eo vel maxime, quod ex beneficio suo unusquisque injuriam pati non debet.* Ce texte est étrange. Il nous explique qu'un interdit est accordé pour assurer la restitution du précaire. Et quelle raison donne-t-il à l'appui? Un interdit est accordé, dit-il, *parce qu'il y a en outre* une action civile! Ainsi, l'existence d'une action destinée à sanctionner un rapport de droit serait une raison pour en donner une autre ayant le même but! C'est absurde, et absolument contraire aux idées romaines. Il n'y a qu'un seul moyen de s'en tirer : c'est de suppléer le mot *non* avant le mot *competit.* Alors tout s'explique : l'interdit *de precario* est accordé parce qu'il n'y a aucune action civile pour sanctionner le pacte de précaire, comme le disait Ulpien; et c'est avec raison que cet interdit a été créé, car

il serait injuste de rendre quelqu'un victime de son propre bienfait. — Nous mettons ainsi le texte d'accord avec lui-même, avec le fr. 14, *De precario*, et avec les principes du droit romain.

Il résulte de cette discussion que la prétendue action contractuelle naissant du précaire n'était autre que la *condictio incerti*, ayant pour source un quasi-contrat. Or, l'interdit *de precario* a pour source une convention. Le concours électif de ces deux moyens n'a rien qui doive nous étonner, car les Romains admettent parfaitement le concours, au moins électif, de deux actions ne dérivant pas de la même source.

Enfin, Ihering soutient que le fait que l'interdit *de precario* tend à la restitution de la possession ne suffit pas à prouver que c'est un interdit possessoire. A ce compte-là, dit-il, la revendication et l'action *empti*, qui tendent au même but, seraient aussi des actions possessoires. Ce que personne n'a soutenu. — C'est toujours l'argument d'analogie employé où il n'a que faire. Nous sommes dans le domaine des interdits, restons-y. Qu'on me cite — l'interdit *de precario* mis à part, puisque c'est sur lui que porte la discussion — un seul interdit qui tende à la restitution de la possession, et qui ne soit pas possessoire!

Les arguments d'Ihering ne me semblent donc pas probants. A mon avis, il n'a pas détruit la classification naturelle et traditionnelle qui range l'interdit *de precario* parmi les interdits *recuperandæ possessionis*, et les arguments des partisans de cette classification conservent toute leur valeur. Nous en avons fait connaître quelques-uns. Bornons-nous à reproduire le principal.

Les interdits *retinendæ possessionis* protègent la posses-

sion qui n'est exercée *nec vi, nec clam, nec precario* par un possesseur à l'égard de son adversaire. La violence, la clandestinité, le précaire, sont trois vices de la possession qui se trouvent toujours cités dans les textes les uns à côté des autres. Ne séparons pas ce que les Romains ont uni. Le rapprochement, tant de fois répété, des mots *nec vi, nec clam, nec precario* prouve que les jurisconsultes classiques, en matière de possession, considéraient comme analogues les vices de violence, de clandestinité et de précaire. Ils protègent le possesseur troublé dont la possession est exempte de ces vices; ils protégeront aussi le possesseur dépouillé contre celui dont la possession sera infectée de ces vices. La seconde sorte de protection est un corollaire de la première; et le précaire, comme la clandestinité et la violence, qui étaient des défenses, des fins de non-recevoir contre l'action d'un demandeur dont la possession est vicieuse, doivent devenir des moyens d'action contre le possesseur vicieux qui se tient sur la défensive.

Il est inutile de rappeler les très nombreux passages où la précarité est rapprochée de la possession *vi* ou *clam*. Bornons-nous à mentionner les §§ 151 et 154 du livre IV des Institutes de Gaius, ainsi qu'un texte très curieux, où l'analogie de la possession précaire avec la possession violente ou clandestine est clairement affirmée. Il s'agit d'un fragment de Julien (fr. 19, pr. D. *De precario,* 43, 26) : *Duo in solidum precario habere non magis possunt, quam duo in solidum vi possidere aut clam : nam neque justæ neque injustæ possessiones duæ concurrere possunt.*

Et maintenant que nous nous sommes efforcés d'établir, par cette réfutation, que l'interdit *de precario* est bien un interdit possessoire, demandons-nous quel intérêt avait Ihering à exclure cet interdit de la discussion. C'est que

nulle part il n'y trouve la confirmation de son système; bien loin de là.

Il nous a montré l'origine de l'interdit *uti possidetis* dans les *vindiciæ,* cette procédure préparatoire à la revendication primitive. Pour l'interdit *de precario,* rien de semblable : il est probable, depuis les travaux de Niebuhr et de Savigny, qui ont été si souvent résumés et amplifiés qu'il est inutile de les reproduire ici, il est probable que le précaire prit naissance sur l'*ager publicus,* insusceptible de propriété privée. Les patriciens obtenaient des concessions sur le domaine public, ou même s'en emparaient sans titre. Les vastes espaces de terrain, les *possessiones* qu'ils détenaient ainsi, leur servaient à gratifier leurs clients au moyen de distributions de parcelles de terre, faites gratuitement, et révocables au gré du concédant. Festus, v° *Patres,* nous initie à cette pratique, qui plus tard s'étendit aux terres du domaine privé des citoyens et même aux objets mobiliers. Mais il n'en est pas moins vrai que ces premières concessions à précaire émanèrent d'individus qui n'étaient pas propriétaires, et qui ne pouvaient pas l'être. C'est précisément pour cela qu'ils restaient sans arme contre le refus de restituer que pouvait leur opposer le concessionnaire ; et c'est cette situation intéressante que le préteur voulut protéger lorsqu'il créa l'interdit *de precario.* Les textes nous le disent formellement :

Fr. 14, § 11, D. *De furt.,* 47, 2 : ... *Non est contra eum* (le *rogans*) *civilis actio, quia simile donato precarium est, ideoque et interdictum necessarium visum est* (Ulpien).

Fr. 14, D. *De precario,* 43, 26 : *Interdictum de precariis merito introductum est, quia nulla eo nomine juris civilis actio esset : magis enim ad donationes, et beneficii causam, quam ad negotii contracti spectat precarii conditio* (Paul).

On le voit donc — et les textes sont formels sur ce point — l'interdit *de precario* n'a nullement été introduit pour protéger le propriétaire, mais parce qu'il n'existait aucun moyen de droit civil de faire respecter la convention intervenue entre les parties. J'accorde à la théorie d'Ihering la sphère d'action qui lui appartient. Mais elle n'a que faire ici.

Cette théorie ne saurait non plus expliquer les interdits *de clandestina possessione* et *unde vi*. L'interdit *de clandestina possessione* disparut assez vite, la pratique ayant fini par admettre que l'on conservait jusqu'au moment de la *dejectio* la possession d'un fonds qu'on n'avait abandonné que dans l'intention d'y revenir. Les explications suivantes s'appliqueront donc surtout à l'interdit *unde vi*.

Les interdits récupératoires protègent le possesseur dépouillé. Mais, le cas du précaire mis à part, ils ne protègent que le possesseur dépouillé *violemment* ou *clandestinement*. Pourquoi cela? La limitation de la protection récupératoire aux deux cas de perte clandestine ou violente de la possession embarrasse fort Ihering. En effet, ne semble-t-il pas résulter de cette limitation que l'idée de la réparation du délit est parfois dominante dans la protection possessoire? Ihering fait tous ses efforts pour échapper à cette conclusion. Il est pourtant forcé d'admettre que, pendant toute la période formulaire, c'est seulement contre les usurpations violentes et clandestines que la protection récupératoire est accordée. Mais il trouve, dans la législation impériale la plus récente, des dispositions qui étendent cette protection à quelques cas qui n'eussent point, à l'époque classique, été protégés par l'interdit *unde vi*.

Disons d'abord qu'en cette matière, comme en bien d'autres, il est très dangereux d'argumenter des constitu-

tions impériales, qui donnent souvent des solutions guidées par des considérations de fait et d'équité, mais inconciliables, soit avec les principes admis par les jurisconsultes, soit même entre elles. Bâtir une théorie sur des rescrits, pour la plupart d'une très basse époque, dont le vague et la redondance sont tels qu'il est souvent impossible de discerner quelle est l'action accordée à l'impétrant par l'empereur, c'est faire une œuvre bien fragile. Bien qu'on ait beaucoup disserté sur cette énigmatique *actio momentaneæ* ou *momentariæ possessionis*, on n'est encore fixé, ni sur sa nature, ni sur son champ d'application. Nous verrons d'ailleurs qu'en admettant même les raisonnements d'Ihering sur ce point, il n'est nullement prouvé que les moyens nouveaux inventés par les empereurs aient eu pour but de faciliter la preuve de la propriété.

Examinons successivement, à la suite d'Ihering, les extensions données à la protection récupératoire, et voyons si elles confirment en quoi que ce soit la théorie que nous combattons ici.

Ihering croit trouver une trace de la protection du possesseur contre les usurpations qu'il a laissé commettre par suite d'une erreur ou de sa propre incurie, dans la loi 5, au Code, *Unde vi*, 8, 4 (Constantin). Ce texte est ainsi conçu : *Invasor locorum pœna teneatur legitima, si tamen vi loca eumdem invasisse constiterit. Nam si per errorem aut incuriam domini loca ab aliis possessa sunt, sine pœna possessio restitui debet.*

Quelque bonne volonté qu'on y mette, il est impossible de découvrir dans la seconde phrase de ce texte, dont Ihering se prévaut, la trace d'un remède possessoire. La constitution que nous étudions nous dit que, lorsque le propriétaire aura perdu la possession sans subir de violence, par

suite de son erreur ou de son incurie, il aura le droit de se faire rendre la possession, mais sans que son adversaire puisse être condamné à une peine. Qui nous prouve qu'il s'agisse ici d'un moyen possessoire? Ce n'est pas un simple possesseur qui est en cause, c'est un propriétaire (*dominus*). Par quel moyen un propriétaire se fait-il restituer la possession de sa chose? Par la revendication! Pas un mot dans le texte ne vient nous prouver qu'il s'agit d'une autre action que de la revendication.

Ihering voit une seconde extension de la protection récupératoire — celle-ci beaucoup plus soutenable — dans les mesures prises par les empereurs pour protéger les incapables, et même toute personne en général, contre la perte de la possession survenue par suite de l'infidélité de leurs représentants (10). Mais voilà qui vient corroborer absolument notre opinion : il faut qu'un *délit* ait été commis par le représentant pour qu'il y ait lieu à restitution. Le dépossédé est protégé ici contre un délit; s'il n'y avait pas délit de la part du représentant, la protection possessoire ne serait pas donnée.

L'idée de délit est même ici si frappante que, dans l'hypothèse la plus remarquable d'infidélité, celle des tuteurs ou curateurs, la loi 6, C. *Unde vi,* tout en organisant une protection récupératoire au profit des incapables spoliés, frappe leurs représentants prévaricateurs de la peine de la déportation perpétuelle, et de la confiscation générale.

Ihering voit aussi une extension de la protection récupératoire dans les dispositions qui ont trait aux sentences illégales ou surprises à la religion des magistrats. Il croit en

(10) L. 6, § 1, C. *Unde vi,* 8, 4 (Gratien); l. 5, C. *De poss.*, 7, 32 (Dioclétien); l. 12, C. *ibid.* (Justinien).

trouver un exemple d'abord dans la loi 2, au Code, *Si per vim,* 8, 5, ainsi conçue : *Nec imperiale responsum, quod supplicatio litigatoris obtinuit, nec interlocutio cognitoris ex quacumque parte innovare possessionis statum, eo qui rem tenet absente, permittitur...*

Ainsi donc, ni un rescrit impérial, ni une sentence judiciaire ne peuvent rien changer (*innovare*) aux droits d'un possesseur absent. Mais je ne vois pas du tout comment Ihering peut en conclure que si, malgré la prohibition du législateur, un rescrit ou une sentence a modifié la situation possessoire d'un absent, un recours possessoire sera ouvert à cet absent. Le texte n'en souffle mot; nous en pourrions conclure tout aussi bien que la sentence rendue au mépris de la prohibition légale sera nulle ou susceptible d'être réformée par une voie de recours ordinaire ou extraordinaire.

Dans le même ordre d'idées, Ihering cite à l'appui de son système la loi 3, au Code, *Qui legitimam,* 3, 6, qu'il explique ainsi : « L'envoi en possession judiciaire obtenu par surprise (*sub colore adipiscendæ possessionis obreptitia petitio*), surtout lorsque l'adversaire n'a pas été entendu, ne peut porter préjudice à ce dernier, et l'exécution éventuelle de l'ordre d'envoi peut être invalidée au moyen de l'*actio momentaneæ possessionis* (11). » Nous faisons nos réserves sur cette interprétation; mais les paroles mêmes d'Ihering viennent à l'appui de notre opinion. Il y a ici un délit commis : on a frauduleusement *surpris* au juge une sentence. C'est en réparation de ce délit que l'*actio momentaneæ possessionis* est donnée. Nous expliquerions de la même manière l'existence, d'ailleurs problématique, d'une

(11) Ihering, *op. cit*, p. 108.

action possessoire dans le cas « où l'on a abusé d'un rescrit impérial, ou bien allégué faussement un jugement en force de chose jugée afin d'intimider le possesseur [12]. » Il y a là une fraude, un délit qu'il faut réprimer.

Ihering voit encore un argument pour son système dans une constitution de Justinien, la loi 11, au Code, *Unde vi,* 8, 4, qui accorderait un interdit possessoire contre ceux qui se sont illégalement emparés des biens d'un absent. En admettant — ce qui n'est pas textuellement indiqué dans la constitution — que l'interdit en question ne soit autre que l'interdit *unde vi,* nous trouvons, dans les termes mêmes dont se sert Justinien, une confirmation de nos idées. Pourquoi Justinien accorde-t-il ici un remède possessoire? Parce que les individus qui s'emparent des biens d'un absent sont des brigands : *sancimus talem possessorem ut prædonem intelligi!* Toujours l'idée de délit qui plane sur toute la matière.

Cette idée de délit se révèle dans l'interdit *unde vi* par cette circonstance que l'interdit, comme d'ailleurs les autres interdits *recuperandæ possessionis,* n'est donné que contre l'auteur de la *dejectio.* N'y a-t-il pas ici une application du principe de la personnalité des peines?

Pour que la protection possessoire cadre avec celle de la propriété, il faudrait qu'elle participe du caractère réel des actions qui protègent la propriété. Or, les interdits *recuperandæ possessionis* ne sont donnés que contre les auteurs du trouble, et non contre les tiers possesseurs. Ceci s'explique bien en tenant compte de l'élément *délit;* mais ceci ne se comprend guère dans la théorie d'Ihering.

En partant de cette idée, nous pouvons dire : la doc-

(12) Ihering, *op. cit.,* p. 109, et L. 2, Cod. Theod., *Unde vi,* 4, 22.

trine d'Ihering est vraie pour les interdits qui sont donnés entre toutes les personnes entre lesquelles la revendication serait possible; elle est fausse, au contraire, pour les interdits donnés seulement contre les *auteurs* d'un fait dommageable. L'idée d'Ihering se justifie parfaitement pour les interdits *uti possidetis* et *utrubi;* ils sont donnés contre toute personne qui prétend posséder, qu'elle soit ou non l'auteur du trouble, qu'il y ait eu trouble ou non. Ces interdits ont pour but, les textes sont formels sur ce point, de déterminer le rôle des parties dans une revendication subséquente; ils doivent donc avoir la même sphère d'action que la revendication.

En est-il de même pour les interdits *recuperandæ possessionis?* En aucune façon. Examinons la question spécialement pour l'interdit *unde vi.* Cet interdit n'est donné que contre l'auteur de la dépossession violente ou les personnes qui l'ont provoquée (13). Il n'est pas donné contre le possesseur actuel qui n'a pas participé à la *dejectio,* sa possession fût-elle vicieuse. Cependant la revendication serait admise contre ce possesseur. L'interdit *unde vi* est la punition d'un délit, la réparation d'une violence. Il sera donné contre l'auteur ou les complices du délit, quand bien même ceux-ci ne posséderaient pas et n'auraient jamais possédé le fonds dont le demandeur a été évincé.

Cette première considération ne serait peut-être pas suffisante. Mais il en est d'autres qui me paraissent décisives :

1° Si les interdits récupératoires sont donnés, comme les interdits *retinendæ possessionis,* pour faciliter au propriétaire la preuve de son droit, il n'y a aucune raison

(13) *Unde tu dejecisti, aut familia tua dejecit...* (Fr. 1, *pr.* D. *De vi,* 43, 16); V. aussi fr. 15 et 16, D. *h. t.;* fr. 4, § 22, fr. 33, § 2, D. *De usurp.,* 41, 3; fr. 7, D. *h. t.*; fr. 3, § 10, D. *De acquir. possess.,* 41, 2.

pour tenir compte, au point de vue des conditions d'exercice de l'interdit, de la gravité des faits reprochés au *dejiciens*. Au contraire, si l'interdit est fondé sur un délit, on comprend aisément qu'il soit donné plus ou moins facilement suivant la gravité du délit. Or, nous pouvons constater que cette dernière considération tient une grande place dans la législation romaine : l'interdit *de vi cottidiana*, destiné à réprimer la violence ordinaire, sans circonstance aggravante, n'est pas donné lorsque le *dejectus* possède *vi, clam* ou *precario* à l'égard du *dejiciens;* il n'est donné que pendant une année utile, et il ne peut être intenté contre l'ascendant ou le patron du *dejectus*. L'interdit *de vi armata,* au contraire, destiné à réprimer un fait plus grave, une violence à main armée, est donné même lorsque la possession du *dejectus* est vicieuse à l'égard du *dejiciens*, même contre l'ascendant ou le patron du *dejectus* (14).

2° C'est à cette même idée de délit qu'est due l'exception remarquable signalée par les textes, en vertu de laquelle, dans l'interdit *unde vi,* les fruits sont dûs du jour de la dépossession, et non pas seulement du jour de la *litis contestatio,* suivant le droit commun : *Ex die ex quo quis dejectus est, fructuum ratio habetur : quamvis in ceteris interdictis, ex quo edita sunt, non retro computantur* (15).

3° Comme les actions délictuelles, l'interdit *unde vi* peut se cumuler avec les actions reipersécutoires, notamment avec la revendication : *Eum, qui fundum vindicavit ab eo, cum quo interdicto unde vi potuit experiri, pendente judicio nihilominus interdicto recte agere placuit* (16).

(14) G. IV, §§ 154 et 155; fr. 24, D. *De vi*, 43, 16; Cic., *Epist. ad div.*, XV, 16; fr. 1, § 43, D. *De vi*, 43, 16.

(15) Fr. 1, § 40, D. *De vi,* 43, 16.

(16) Fr. 18, D. *De vi*, 43, 16.

4° Comme dans les actions délictuelles données contre le maître ou le père pour le fait d'un *alieni juris*, le maître dont les esclaves ont commis une *dejectio* pourra échapper à l'interdit *unde vi* en faisant abandon noxal des esclaves coupables : *Ipsos servos maleficii causa noxæ dedendo indemnis erit* (17).

5° Enfin, il peut être historiquement démontré que l'interdit *unde vi* a été imaginé pour protéger des individus qui n'étaient pas et ne pouvaient pas être propriétaires, et que primitivement il était précisément refusé au propriétaire, pour lequel, d'après Ihering la protection possessoire aurait été inventée. Cette démonstration est basée sur l'étude de la loi agraire de 643, improprement appelée loi Thoria (18). Le législateur y transforme en propriété privée une certaine quantité de terrains de l'*ager publicus*, en supprimant le *vectigal* (Voy. Mommsen, cité par Girard, *op. cit.*, p. 42). Il édicte ensuite, à l'égard des fonds ainsi transformés, la disposition suivante (ligne 18) :

(*Sei quis eorum, quorum age*)*r supra scriptus est, ex possessione vi ejectus est, quod ejus is quei ejectus est, possederit, quod neque vi, neque clam, neque precario possederit ab eo, quei eum ea possessione vi ejec*(*erit : quem ex hace lege de ea re jous deicere oportebit, sei is quei ita ejectus est, ad eum de ea re in jous adierit ante eidus Mar*)*tias, quæ post hance legem rogatam primæ erunt, facito, utei is, quei ita vi ejectus e*(*st, in eam possessionem unde vi ejectus est, restituatur*).

Donnons une traduction de cette phrase un peu compliquée :

(17) Fr. 1, § 15, D. *De vi*, 43, 16.

(18) V. Girard, *Textes de droit romain*, pp. 42 et s. Nous mettons entre parenthèses les passages restitués.

« Si quelqu'un de ceux du champ desquels il a été parlé plus haut a été expulsé par violence de la *possessio* qu'il détenait, et si ledit possesseur expulsé ne possédait ni par violence, ni clandestinement, ni à titre précaire à l'égard de celui qui l'a expulsé par violence de cette *possessio*, le magistrat que la présente loi aura investi de la compétence judiciaire sur les contestations relatives à cette espèce de champs, si celui qui a été ainsi expulsé forme devant lui, de ce chef, une demande en justice avant les ides de mars qui suivront la rogation de la présente loi, devra faire rentrer l'expulsé dans la *possessio* dont il a été expulsé par violence. »

Quelle a été la pensée du législateur? Il y a d'abord quelque chose d'indiscutable : c'est que la légitime détention du domaine public était protégée. Comment? C'est ce que le passage que nous venons de citer nous permettra peut-être d'éclaircir.

Les détenteurs de l'*ager publicus*, victimes d'expulsions violentes, avaient donc des moyens de se faire remettre en possession. Les propriétaires de *loca privata* avaient aussi un moyen de faire respecter leur propriété, la *reivindicatio*. Mais comment les anciens détenteurs de l'*ager publicus*, devenus propriétaires en vertu de la loi de 643, et qui auraient été expulsés injustement de leurs *possessiones* avant le vote de la loi, parviendront-ils à se faire remettre en possession? Le *dejiciens* leur tiendra le langage suivant : « Vous prétendez user contre moi du moyen possessoire accordé aux détenteurs de l'*ager publicus*. Mais vous ne pouvez plus aujourd'hui bénéficier de ce moyen de restitution, car il est exclusivement réservé aux simples détenteurs de *possessiones*, et l'immeuble dont il s'agit est aujourd'hui *ager privatus*. »

Ce raisonnement devra-t-il réussir? Le législateur ne l'a pas pensé, et c'est pour empêcher qu'il ne triomphe, qu'il a écrit la ligne 18 de la loi agraire de 643. Il a déclaré que le possesseur devenu propriétaire, mais expulsé avant le vote de la loi, continuerait à bénéficier, jusqu'aux ides de mars suivantes (c'est-à-dire pendant un an, la loi ayant été votée au printemps), du moyen possessoire dont il jouissait comme simple détenteur de l'*ager publicus*. Mais une fois l'année écoulée, tout rentrera dans l'ordre accoutumé, et l'action en revendication compétera seule au nouveau propriétaire, le moyen possessoire, origine évidente de l'interdit *unde vi*, restant réservé aux détenteurs de *possessiones*.

Il résulte donc de cette discussion que l'interdit *unde vi* dans sa forme primitive était accordé à certains individus non propriétaires, et pas encore étendu aux propriétaires. On ne peut donc pas soutenir qu'il ait eu pour but de protéger la propriété. Plus tard, cet interdit fut étendu aux propriétaires, mais rien ne nous indique que cette extension ait changé son caractère en ce sens que, de moyen donné pour protéger une situation de fait indépendante de la propriété, il soit devenu un moyen destiné à faciliter au propriétaire la preuve de son droit.

Voilà pour les immeubles. Examinons maintenant la protection récupératoire des meubles. Ici, la question se complique, et il est impossible d'arriver à une solution aussi nette que pour l'interdit *unde vi*. Les Romains n'ont pas d'interdit spécial pour protéger la possession des meubles au point de vue récupératoire. Il est vrai que cette possession est déjà sérieusement protégée par l'action *furti* et par les actions spéciales qu'on créa sous le Bas-Empire pour réprimer la violence. On a aussi imaginé d'utiliser

l'interdit *utrubi* dans un but récupératoire, alors que cet interdit avait été inventé uniquement comme mesure préparatoire à un procès en revendication. Mais son rôle n'était pas analogue à celui de l'interdit *unde vi.* Sans doute, l'interdit *utrubi* joua un rôle récupératoire, puisqu'il restituait la possession à celui des deux plaideurs qui avait possédé le plus longtemps pendant l'année écoulée, mais d'une part il était très fréquent de voir le possesseur *actuel* remplir les conditions exigées par le préteur pour l'interdit *utrubi,* et d'autre part cette particularité, qui constitue une différence entre l'interdit *uti possidetis* et l'interdit *utrubi,* s'explique facilement : pour les immeubles, il arrive fréquemment qu'un possesseur est troublé sans être dépossédé, tandis que pour les meubles le fait est très rare. En réalité, dans la plupart des cas, en matière de meubles, un trouble ne saurait guère consister dans une dépossession complète. Il fallait donc, pour déterminer équitablement le rôle des parties dans la revendication, réprimer dans l'interdit *utrubi* non seulement les simples troubles, mais encore les faits de dépossession complète.

Ce qui montre bien le but et la pensée des Romains, c'est ce fait qu'ils persistent à donner à l'interdit *utrubi,* malgré son caractère récupératoire, le nom d'interdit *retinendæ possessionis.* Cette expression s'explique aisément : les Romains donnaient couramment le nom de *petitor* au demandeur dans une action réelle, et le nom de *possessor* au défendeur. Un interdit *retinendæ possessionis* est un interdit qui a pour but de conserver à un plaideur sa situation de défendeur dans l'instance en revendication. Or, tel est précisément le but de l'interdit *utrubi.*

Au reste, les Romains assimilent toujours l'interdit

utrubi à l'interdit *uti possidetis* (19). Ces interdits ont été inventés tous les deux pour séparer le possessoire du pétitoire. C'est pourquoi nous comprenons que l'idée de délit tienne moins de place, à l'époque classique, dans l'interdit *utrubi* que dans les interdits spécialement récupératoires. Mais cette idée devient au contraire dominante sous Justinien, où, par suite de la fusion de l'interdit *utrubi* avec l'interdit *uti possidetis,* la protection récupératoire des meubles n'était donnée que contre celui qui possédait *vi, clam aut precario ab adversario,* et par conséquent qui avait troublé son adversaire par un acte délictuel.

Ajoutons enfin, pour combattre sur ce point une idée d'Ihering, que l'exclusion de la question de propriété n'est pas le point de vue essentiel dans l'interdit *utrubi.* Dans sa forme primitive, cet interdit était donné contre les tiers, et dispensait ainsi le possesseur de meubles dépouillé de prouver à l'égard de ces tiers sa propriété. Plus tard, lorsque l'interdit *utrubi* se confondit avec l'interdit *uti possidetis,* il ne fut plus donné, comme interdit récupératoire, que contre les auteurs du trouble; contre les tiers non complices, il fallait agir au pétitoire et faire la preuve de la propriété. Si cette preuve eût été très difficile, si la faculté de ne pas la fournir eût paru un avantage précieux, les Romains eussent conservé l'interdit *utrubi* dans sa première forme. La transformation qu'il a subie nous prouve que l'on considérait, en matière de meubles, l'exclusion de la question de titre comme un avantage fort mince.

Au reste, les questions de titre se posaient presque nécessairement dans un grand nombre de cas d'application

(19) G. IV, 146.

de l'interdit *utrubi*. Pour pouvoir joindre à sa possession la possession de son auteur, afin d'arriver à prouver qu'on avait possédé plus longtemps que son adversaire dans l'année écoulée, l'unique moyen c'était de produire les titres translatifs de propriété. En somme, c'est la preuve du juste titre. Dans ces conditions, il était souvent tout aussi facile d'intenter la publicienne, et ce fait peut, dans une certaine mesure, expliquer comment la forme ancienne de l'interdit *utrubi*, faisant ainsi parfois double emploi avec la publicienne, a pu disparaître sous Justinien.

On voit donc que l'interdit *utrubi* présente un caractère tout différent de celui de l'interdit *unde vi*. Il est envisagé par les Romains comme la première phase d'une instance en revendication, tandis que l'interdit *unde vi* se conçoit indépendamment de tout procès pétitoire postérieur. En fait, l'un ne menait qu'à un résultat provisoire; l'autre, dans la plupart des cas, à un résultat définitif. Ce sont là deux classes d'interdits qu'il importe de bien distinguer.

CHAPITRE V.

THÉORIE ADOPTÉE.

De ce qui précède, nous devons conclure qu'il est impossible d'assigner une base unique à la protection possessoire. Des motifs très divers ont guidé le législateur. Il a agi, tantôt pour réprimer un délit contre la personne, tantôt dans l'intérêt de l'ordre public et de la sécurité des transactions commerciales, tantôt dans l'intérêt de la bonne administration de la justice, tantôt pour faciliter au propriétaire la preuve de son droit. Parmi les théories émises sur le fondement de la protection possessoire, il n'y en a qu'une qui n'ait aucun rapport avec les motifs qui ont guidé le législateur romain : c'est la théorie de la volonté. Mais ce système mis à part, la plupart des autres contiennent leur part de vérité. Suivant les époques, tel ou tel point de vue a pu être prépondérant ; de même, bien que tous les interdits possessoires contiennent un mélange de ces idées, l'une d'elles peut être dominante dans tel interdit, une autre dans tel autre. Ainsi, il nous paraît démontré par ce qui précède que l'idée d'une facilitation de preuve accordée au propriétaire est prépondérante dans les interdits *retinendæ possessionis*, tandis que celle de la réparation d'un délit est dominante dans les interdits *recuperandæ possessionis*.

Si nous partons de ces notions, nous voyons que l'idée de la possession juridique, avec les éléments nécessaires à son existence, est une conception historiquement bien postérieure à la création des interdits possessoires. Le préteur s'est préoccupé de protéger un état de fait, une situation intéressante au point de vue de l'équité. Ce n'est que bien plus tard que les jurisconsultes, avec leur besoin de logique et de synthèse, ont essayé de déterminer les caractères matériels et intellectuels que devait présenter le fait protégé par le préteur. Cette systématisation prenant comme base des dispositions prétoriennes conçues indépendamment de toute idée de système, doit nécessairement présenter des lacunes. Aussi ne devons-nous pas nous étonner de rencontrer la protection possessoire dans des hypothèses où ne se retrouve pas la notion théorique de la possession, telle que les commentateurs l'ont établie.

Ainsi la question de l'*animus domini,* qui a tant embarrassé les auteurs, et qui fait encore, à l'heure actuelle, couler des flots d'encre, serait depuis longtemps tranchée, si l'on avait fait la réflexion bien simple que les Romains accordaient ou refusaient la protection possessoire, non pas par respect pour un principe abstrait, mais en considération de l'intérêt équitable qu'elle pouvait présenter. M. Ascoli a raison de dire (1), en analysant l'ouvrage récent d'Ihering sur l'*animus domini :* « Le critérium de la distinction entre la possession et la détention, que l'on trouve ordinairement dans une volonté différente, ne repose pas tout à fait sur la volonté. L'*animus* dont parlent les sources n'est pas, comme on l'enseigne communément, une exigence spéciale à la possession. Il est nécessaire pour la

(1) *Bullettino dell' Istituto di Diritto Romano,* 2e année, fasc. 6.

possession comme pour la détention, et consiste simplement dans la volonté consciente d'être en rapport de domination, plus ou moins ample, avec la chose, et sert par là à séparer la détention et la possession d'une part (possession dans le sens vulgaire), du rapport de simple voisinage d'autre part, et non pas la seconde de la première. Le critérium qui sépare la détention de la possession est un critérium *objectif*. Le droit, par des motifs pratiques, détermine dans quels cas l'état de domination consciente constitue la simple détention, et dans quels cas il constitue la possession, en un mot détermine isolément chacune des *causæ detentionis.* »

Rien de plus raisonnable. D'ailleurs, la théorie de l'*animus domini* ne peut guère s'autoriser que de deux textes de Paul, dont l'explication est, en somme, très simple, et qui n'ont, ni la portée, ni le sens qu'on veut leur attribuer.

Le premier de ces textes est le fr. 1, § 20, D. *De poss.*, 41, 2 : *Si dicamus per eos non adquiri nobis possessionem, qui nostro nomine accipiunt, futurum, ut neque is possideat cui res tradita sit, quia non habeat animum possidentis, neque is qui tradiderit, quoniam cesserit possessione.*

Il résulte de ce texte que le mandataire acquiert la possession pour son mandant parce qu'il ne l'acquiert pas pour lui; et qu'il ne l'acquiert pas pour lui parce qu'il ne veut pas l'acquérir. Voilà tout! Nulle trace de la théorie de l'*animus domini*.

Voyons l'autre texte. C'est le fr. 37, D. *De pignerat.*, 13, 7 : *Si pignus mihi traditum locassem domino, per locationem retineo possessionem, quia antequam conduceret debitor non fuerit ejus possessio; cum et animus mihi retinendi sit et conducenti non sit animus possessionem apiscendi.*

Ainsi, d'après ce texte, le locataire n'a pas pu acquérir la possession tout simplement parce qu'il ne l'a pas voulu; et les deux fragments invoqués par les partisans de la théorie de l'*animus domini* se résument en cette idée bien simple : pour acquérir la possession, il faut le vouloir! On ne vous imposera pas une possession malgré vous!

Il faut donc singulièrement torturer les textes pour y trouver la nécessité d'une volonté particulière et typique imposée à tout détenteur qui veut prétendre aux avantages de la possession.

Laissons donc de côté la notion de l'*animus domini*. Elle est ici à peu près indifférente et ne peut que nous entraîner, à la suite de la plupart des auteurs qui ont écrit sur la matière de la possession, dans des difficultés inextricables. Car jamais les partisans de l'*animus domini* ne sont parvenus à expliquer d'une façon satisfaisante les fameuses hypothèses que Savigny range sous la rubrique de *possession dérivée*. Au contraire, tout s'éclaire d'une vive lumière si l'on admet que les Romains accordaient la protection possessoire dans les cas, et seulement dans les cas où cela était juste et utile, abstraction faite de toute condition d'*animus domini*.

Et d'abord, cela nous explique pourquoi la protection possessoire n'était pas accordée au locataire.

La situation du locataire ou du fermier, en droit romain, est bien différente suivant les époques. Il est probable que, pendant la période tout à fait primitive de l'histoire romaine, on ne distinguait guère le louage du précaire. Le locataire et le fermier étaient sans remèdes judiciaires contre le bailleur qui les expulsait. Primitivement, la sanction était abandonnée à l'opinion publique. Il est vrai que cette sanction n'était pas aussi inefficace qu'on peut

le supposer : la faveur publique était à Rome le chemin qui mène à tous les honneurs et à toutes les distinctions; et l'on attachait d'autant plus d'importance à une bonne réputation, que l'intervention du censeur était là pour infliger un public affront aux citoyens qui méconnaissaient leurs engagements.

Plus tard, le droit se précisa et s'affirma. L'idée d'une véritable relation contractuelle resta toujours exclue du précaire. Mais pour protéger le *rogans* contre les incursions des tiers, on lui accorda les interdits possessoires. Au contraire, le louage s'éleva au rang d'un contrat et fut sanctionné par les actions *locati* et *conducti*. Dès lors, les obligations des parties furent déterminées, et le bailleur dut faire jouir le locataire. En cas d'éviction, ce dernier n'avait nul besoin de s'adresser au *dejiciens;* c'est à son bailleur qu'il devait demander réparation, et l'action *conducti* lui suffisait pour obtenir justice. Pourquoi lui accorder des moyens multiples? Il n'en a nul besoin.

Et ce qui prouve que cette considération a paru déterminante au législateur romain, c'est que, si un contrat de bail est joint à la convention de précaire, le précariste-locataire ne possède plus; en d'autres termes, en acquérant le droit à l'action *conducti* contre le *rogatus,* il perd son droit aux interdits possessoires contre les tiers [2]!

Telle est la situation du locataire lorsqu'il souffre une éviction. Mais est-il juste d'exiger qu'il fasse appel à son bailleur, non seulement lorsqu'il est dépossédé, mais lorsqu'il est simplement troublé dans sa détention? La sécurité ne fut pas toujours parfaite en Italie, et les désordres y furent fréquents. Fallait-il exiger que, pour obtenir jus-

(2) Fr. 33, § 6, D. *De usurp.*, 41, 3.

tice contre la moindre atteinte portée à sa jouissance, le locataire vînt harceler sans cesse son bailleur, peut-être très éloigné? Évidemment non. Cette idée parut aux Romains si simple, qu'ils n'hésitèrent pas un seul instant à modeler leurs institutions sur les nécessités pratiques, et accordèrent au locataire l'interdit *quod vi aut clam* contre les tiers qui porteraient atteinte à ses droits (3). On le voit, nous sommes bien loin de la notion de l'*animus domini!*

Toute la théorie de la possession est là : on protège un état de fait parce qu'il est utile, et d'ailleurs juste, de le protéger. Là où l'utilité disparaîtra, la protection disparaîtra aussi.

Cette idée explique parfaitement les hypothèses de *possession dérivée,* surtout si on la combine avec la théorie d'Ihering aux termes de laquelle la protection possessoire serait donnée pour faciliter au propriétaire la preuve de son droit. Nous avons vu qu'il faut tenir grand compte de cette opinion, tout en restreignant sa sphère d'application.

Ainsi, l'on comprend parfaitement que le droit romain ait accordé la protection possessoire au créancier gagiste. D'abord, beaucoup de textes qui mentionnent cette particularité s'appliquaient sans doute primitivement à la fiducie. On sait que les compilateurs du Digeste se sont appliqués à faire disparaître de leur œuvre toute trace de cette antique institution. Là où il y avait le mot *fiducia,* ils ont mis le mot *pignus,* en se bornant à changer, dans le texte du jurisconsulte, ce qui ne pouvait pas subsister. Or, il n'y avait rien d'étonnant à ce que la protection possessoire appartînt au créancier fiduciaire, qui était propriétaire de la *fiducia.*

(3) Fr. 12, D. *Quod vi,* 43, 24.

En admettant même — ce qui est probable — que la protection primitivement donnée à la fiducie fût étendue au gage, cette disposition s'explique par le but même de l'institution : le créancier gagiste s'est fait donner un gage pour se mettre à couvert contre l'éventualité de l'insolvabilité de son débiteur. Si, évincé de l'objet donné en gage, il eût été obligé de demander réparation à son débiteur par l'action *pigneratitia contraria,* il eût été précisément exposé au danger de cette insolvabilité, contre laquelle il avait voulu se prémunir. Il fallait donc, pour que la constitution de gage fût efficace, que le créancier gagiste pût agir au possessoire contre les tiers auteurs d'un trouble ou d'une *dejectio.* Et d'ailleurs le gage, si préférable à la fiducie au point de vue du débiteur, n'aurait pas pu se substituer à cette institution, s'il n'avait pas offert au créancier la même sécurité.

La possession de l'emphytéote s'explique aisément : l'*ager vectigalis* présente des analogies remarquables avec l'*ager publicus.* Or, nous savons que c'est en faveur des détenteurs de l'*ager publicus* que la protection récupératoire des immeubles fut introduite. On comprend d'ailleurs que la situation de l'emphytéote ne fût pas la même au point de vue des interdits possessoires, que celle du locataire. L'emphytéote a un droit réel et une action réelle ; il exerce une sorte de propriété qui ne diffère de la propriété ordinaire que parce qu'elle peut être temporaire et qu'elle est grevée d'une sorte de rente foncière. La personne morale à laquelle appartient l'*ager vectigalis,* ayant concédé un droit réel à l'emphytéote, ne s'est pas obligée à *faire jouir,* mais à *laisser jouir;* et l'emphytéote évincé n'aurait pas plus de recours contre le propriétaire de l'*ager vectigalis* qu'un usufruitier évincé n'aurait de recours

contre le nu-propriétaire. D'ailleurs, les municipes qui font des baux perpétuels ont précisément pour but de s'exonérer de toute charge d'administration, de ces rapports incessants qui existent entre le bailleur et le locataire ordinaire. Il fallait donc qu'une protection possessoire fût donnée à l'emphytéote, sur le modèle de celle qui est accordée à l'usufruitier ou au propriétaire.

La possession du superficiaire ne soulève aucune difficulté : c'est un propriétaire dont le droit se limite aux constructions élevées sur le sol. Quant à celle du séquestre, des considérations d'utilité pratique la firent admettre : il fallait que la chose litigieuse fût protégée entre les mains du séquestre de la même manière qu'elle l'eût été entre les mains de son véritable propriétaire, et le caractère litigieux de la chose l'expose encore davantage à des entreprises illicites.

Reste à expliquer la possession du précariste. Là, pas plus qu'ailleurs, nous n'éprouvons d'embarras. Il n'y a pas, entre le *rogans* et le *rogatus*, de relation contractuelle proprement dite. Dès que la convention de précaire a pris naissance, et jusqu'à ce que la concession soit révoquée, le *rogans* n'est plus en rapport direct avec le *rogatus*, mais avec la chose elle-même. Il n'a rien à demander au *rogatus*, qui n'est en aucune façon garant des troubles et des évictions qui peuvent se produire. L'indépendance du concédant à l'égard du concessionnaire est même telle qu'il est probable que ce dernier, au moment de la restitution du précaire, ne peut pas exiger le remboursement de ses impenses. Le *rogans* en est donc réduit à se protéger lui-même. Il faut qu'on lui en donne les moyens. On ne pouvait lui accorder la revendication, puisqu'il n'était pas propriétaire. Mais il y avait un état de fait à protéger ; on lui donna les interdits possessoires; et comme on appelle *pos-*

sesseurs les personnes qui ont les interdits possessoires, on en conclut que le précariste était un possesseur.

La question est donc très simple si l'on part de cette idée que la possession n'est pas une construction juridique abstraite, édifiée de toutes pièces par les Romains, et qu'elle ne s'est formée que pour réunir en un même mot tous les cas où une détention de fait était protégée par le préteur. Mais si, suivant une marche inverse, on soutient que la possession doit se composer de deux éléments, l'*animus* et le *corpus,* et si l'on se refuse à voir la possession là où manque l'un de ces deux éléments, on aboutit à des difficultés et des complications sans fin. C'est ainsi que, malgré le témoignage positif des sources, on a essayé de soutenir que, bien que le précariste jouisse de la protection possessoire, il n'est pas un véritable possesseur, faute d'*animus domini* (4). Et l'on s'est appuyé pour cela sur le fr. 22, D. *De acq. poss.,* 41, 2, ainsi conçu : *Non videtur possessionem adeptus is, qui ita nactus est, ut eam retinere non possit.* L'on raisonne ainsi sur ce texte : On refuse la qualité de possesseur à celui qui ne peut pas retenir la possession; or, le précariste ne peut pas retenir sa prétendue possession, puisqu'il peut en être privé à chaque instant par le bon plaisir du *rogatus.*

Je ne crois pas qu'on doive s'arrêter à cet argument. En effet, le texte dont on se prévaut est tiré du livre 13 de Javolenus *ex Cassio.* Or, Javolenus y parlait, non pas de la convention de précaire, mais des interdits, et le sens de la phrase est celui-ci : celui qui n'a pas les interdits *retinendæ possessionis* n'est pas un possesseur. Mais le précariste jouit parfaitement des interdits *retinendæ possessionis*

(4) C. Appleton, *De la possession et des actions possessoires*, p. 52.

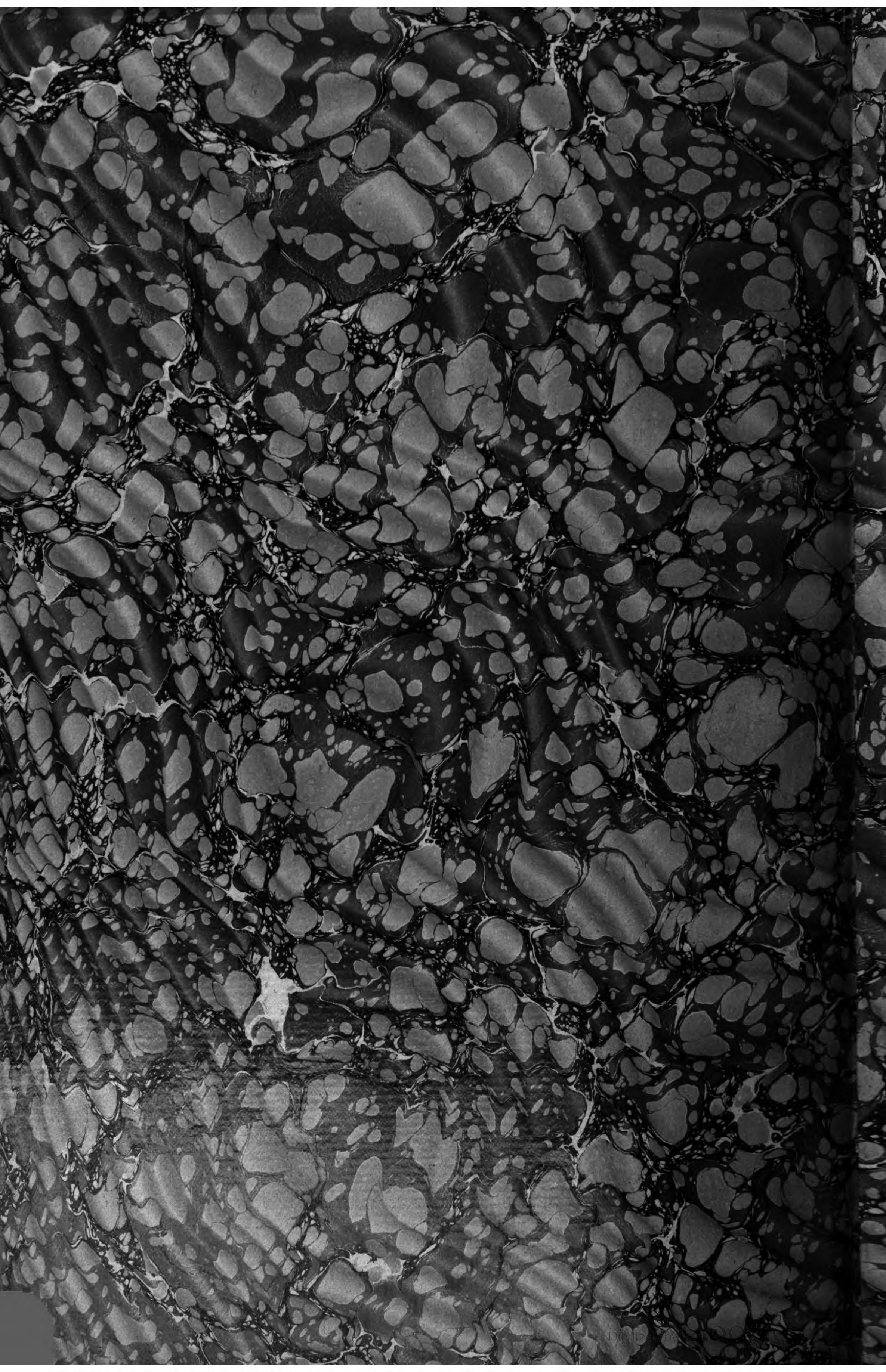
contre toute personne, sauf contre le *rogatus*. Donc le précariste est un possesseur. Et nous nous mettons ainsi d'accord avec tous les textes où la possession du précariste est affirmée (5). Seulement, la possession du précariste est relative, et elle présente à cet égard une analogie frappante avec la situation du possesseur *ad usucapionem* par rapport à la propriété : de même que ce dernier est propriétaire à l'égard de tout le monde, sauf du véritable propriétaire, de même le précariste est possesseur à l'égard de tous, sauf du *rogatus;* et de même que l'action publicienne du possesseur *ad usucapionem* échouera en se heurtant à l'exception *justi dominii* du propriétaire, de même l'interdit possessoire intenté par le précariste viendra se briser contre l'exception *precarii* du *rogatus*.

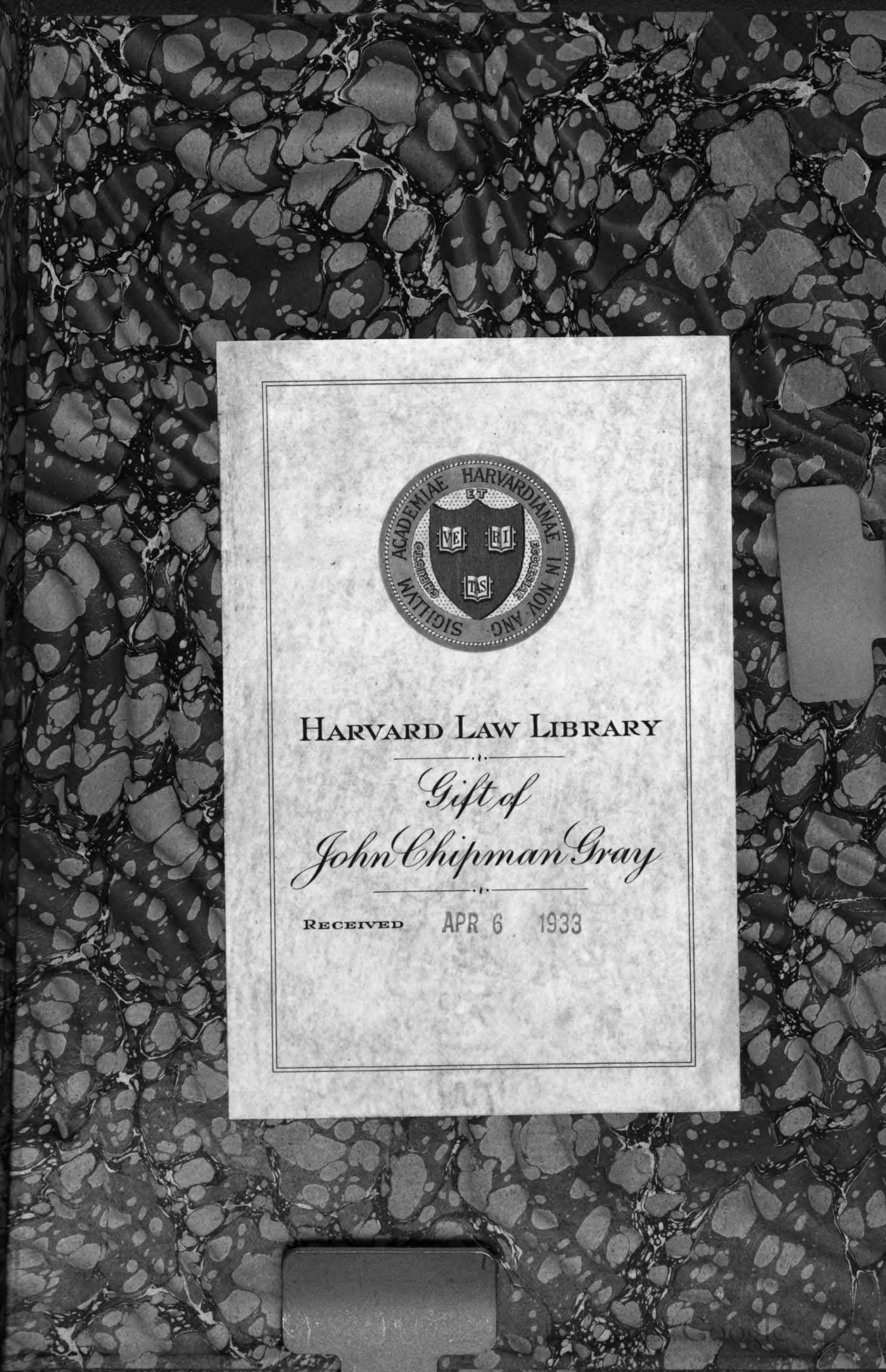
En résumé, les causes de la protection possessoire sont multiples; telle ou telle de ces causes peut être dominante dans tel ou tel interdit. Les interdits possessoires ont été créés, comme toutes les mesures prétoriennes, pour des motifs d'équité et d'utilité pratique. Ce n'est que postérieurement à la création des interdits possessoires que la notion de la possession s'est dégagée; les interdits possessoires ne sont point accordés à une personne parce qu'elle est un possesseur; mais au contraire, c'est parce qu'un individu jouit de la protection possessoire, qu'on l'appelle du nom de possesseur et qu'on dit qu'il a la possession.

(5) Fr. 13, § 1, D. *De public.*, 6, 2; fr. 22, § 1, D. *De noxal. act.*, 9, 4; fr. 4, § 1, D. *De precario*, 43, 26.

TABLE DES MATIÈRES.

BAR-LE-DUC, IMPRIMERIE CONTANT-LAGUERRE.




SIGILLVM ACADEMIAE HARVARDIANAE IN NOV · ANG ·
CHRISTO ET ECCLESIAE
VE RI TAS

